§ 42 l StGB

(Untersagung der Berufsausübung)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Hellmuth Sander
Referendar aus Bremen

1935

§ 42 l StGB

(Untersagung der Berufsausübung)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Hellmuth Sander

Referendar aus Bremen

1935

Referent: Professor Dr. Hellmuth Mayer

Abgeschlossen im November 1934

Literatur

Schäfer-Wagner-Schafheutle, Kommentar zum Gesetz vom 24.November 1933. (Berlin 1934) (Ktr.)

Amtliche Begründung zum Gesetz vom 24. November 1933 in Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 277 vom 27. Nov. 1933. (Berlin 1933) (Amtl. Begr.)

Pfundtner-Neubert, Fortlaufender Kommentar zum "Neuen deutschen Reichsrecht". (Berlin 1933) (Pfundtner, Ktr.)

Kunz, Das Gewerbe- und Berufsverbot im Strafrecht. Züricher Diss. (Bern 1922). (Kunz)

v. Weber, "Das Gewerbe- und Berufsverbot als Mittel der Kriminalpolitik". (Aufsatz in der Festschr.f. Prof. Miricka (Prag 1933). (v.Weber)

"Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (Berlin)(ZStW)

"Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht" (Bern) (SchwZStr)

"Der Gerichtssaal" (Stuttgart) (GS)

"Blätter für Gefängniskunde" (Heidelberg) (Bl.f.Gefkde.)

"Goltdammers Archiv", jetzt "Deutsches Strafrecht" (Berlin) (GA)

"Deutsche Juristenzeitung (Berlin) (DJZ)

"Deutsche Justiz" (Berlin) (DJ)

"Deutsches Recht" (Berlin) (DR)

"Baupolizeiliche Mitteilungen" 21.Jg. Hft.8 (Hannover 1924) (Baup. Mitt.)

Stooß, "Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung". (Basel 1890) (Stooß)

Hafter, "Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts" (Berlin 1926) (Hafter)

Allfeld, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (8.Aufl. Leipzig 1922). (Allfeld)

v. Liszt, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (20.Aufl. Berlin 1914) (v.Liszt)

v. Liszt-Schmidt, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts" (26. Aufl. Berlin 1932) (v.Liszt-Schmidt)

Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" (2.Aufl. Leipzig 1901) (Frank)

Kohlrausch, "Strafgesetzbuch" (29.Aufl. Berlin 1930) (Kohlrausch)

Mayer, Max Ernst, "Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts" (Heidelberg 1923) (Mayer)

Binding, "Handbuch des Strafrechts" (Leipzig 1885) (Binding)

Goldschmidt, "Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts". Allg. Teil Bd. IV. Auszug: Haupt- u. Nebenstrafen. (Goldschmidt)

Freudenthal, In Aschrott-Kohlrausch "Reform des Strafrechts" (Berlin 1926) (Freudenthal)

Fleiner, "Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts" (Tübingen 1928) (Fleiner)

Hatschek, "Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts" (Leipzig 1921) (Hatschek)

Jellinek, "Verwaltungsrecht" (Berlin 1931) (Jellinek)

Jellinek, "Nachtrag" zum "Verwaltungsrecht" (Berlin 1934) (Nachtrag)

Landmann-Rohmer, "Kommentar zur Gewerbeordnung." (München 1928) (Landmann, Ktr.)

Birkmeyer, "Strafe und sichernde Massnahme". Rektoratsrede (München 1906) (Rede)
Birkmeyer, "Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?" (München 1907) (Strafrecht?)
Birkmeyer, "Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch".
Erster Beitrag: Die Stellung des Vorentwurfs gegenüber dem Streit der Strafrechtsschulen. (Leipzig 1910) (Erster Beitrag)
Zweiter Beitrag: Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurf. (Leipzig 1910) (Zweiter Beitrag)
Rittler, "Massregeln der Besserung und Sicherung" in Gleispach: "Der deutsche Strafgesetzentwurf 1921". (Leipzig 1921) (Rittler)
"Begründung zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches" (Berlin 1909) (Begr.)
"Begründung zum "Gegenentwurf" eines Vorentwurfs zum deutschen Strafgesetzbuch" (Berlin 1911) (GegenE)
"Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und zwei Anlagen" (Berlin 1927) (Begr. E 27)
"Österrcichischer Einführungsgesetzentwurf" Wien 1909 (Österr.E.)
"Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuchentwurf von 1896)(Berlin 1896) (VE 96)
Ebermayer, "Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches" (Berlin 1914) (Ebermayer)
Gallas, "Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik vom 22.Nov. 1926." (Berlin 1931) (Gallas)
Bunge, "Das italienische Strafgesetzbuch von 19. Oktober 1930." (Berlin 1933) (Bunge)
Denkschrift des preussischen Justizministers "Nationalsozialistisches Strafrecht" (Berlin 1933) (Denkschrift)
Kitzinger, "Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt". (München 1913) (Verhinderung)
Kitzinger, "Juristische Aphorismen" (München 1923) (Kitzinger)
Drost, "Das Ermessen des Strafrichters" (Berlin 1930) (Drost)
Exner, "Theorie der Sicherungsmittel" (Berlin 1914) (Exner)
Mezger, "Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage". (Stuttgart 1934) (Mezger)
Stock, "Die Strafe als Dienst am Volk" (Tübingen 193[illegible] (Stock)
Nicolai, "Die rassengesetzliche Rechtslehre" (München 1933) (Nicolai)

Inhaltverzeichnis

Einleitung Seite

§ 1 Problemstellung 1

I. Kapitel: Geschichtlicher Teil

Erster Abschnitt: Strafe und Massregeln der Sicherung und Besserung

§ 2 Herkömmliche Unterscheidungen 3
a) Entwicklung bis 1889 3
b) v. Liszt und die sichernden und bessernden Massnahmen 5
c) Birkmeyer und die sichernden Massnahmen 6

§ 3 Die Massregeln in Gesetzen und Entwürfen
a) in der Schweiz 7
b) Die Massregeln in Deutschland bis zur nationalsozialistischen Revolution 9
c) Die Massregeln in ausserdeutschen (europäischen) Staaten 10

§ 4 Strafe und sichernde Massnahmen sind nicht zu trennen!
a) Die Strafrechtsschulen und der "Sinn" der Strafe 12
b) Der hier vorausgesetzte Verbrechensbegriff 14
c) Der hier vorausgesetzte Begriff der Strafe 15

Zweiter Abschnitt: Geschichte der Untersagung der Berufsausübung

§ 5 In der Literatur
a) Das Wesen des Berufsverbotes 17
b) Sichernde Massregel!..... 19
c) Strafe!..... 20

§ 6 Das Gewerbe- und Berufsverbot in Strafgesetzen und Entwürfen
a) In der Schweiz 22
b) Das Berufsverbot in deutschen Gesetzen und Entwürfen 24
c) Das Berufsverbot in ausserdeutschen (europäischen) Gesetzen und Entwürfen 25

§ 7 " Strafe ", "Sichernde Massnahme" und Berufsverbot
a) Bisherige Auffassung von Strafe und sichernder Massnahme 27
b) Meine Auffassung von Strafe und sichernder Massnahme 28
c) Das Berufsverbot und Strafe und sichernde Massnahme 30

II. Kapitel: § 42 1 StGB

Erster Abschnitt: § 42 1 StGB und das Gesetz vom 24.XI.1933

§ 8 Das Gesetz vom 24.XI.1933
a) Geschichte des Gesetzes 31
b) Aufbau des Gesetzes 32

§ 9 Würdigung des Gesetzes und "Zweispurigkeit"
a) Würdigung des Gesetzes 33
b) Zweispurigkeit des Gesetzes 34

§ 10 § 42 a und § 42 1 StGB
a) § 42 a StGB 35
b) § 42 1 StGB 36

Zweiter Abschnitt: § 42 1 StGB — Seite

§ 11 Voraussetzungen der Untersagung
a) Missbrauch oder Pflichtverletzung 36
b) Verurteilung zu drei Monaten Freiheitsstrafe 38
c) Schutz der Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung 38

§ 12 Wirksamkeit der Untersagung
a) Dauer 39
b) Umfang 40
c) Wirkungen 41

§ 13 Zuwiderhandlung gegen die Untersagung
a) § 145 c StGB 42
b) Erste Alternative des § 145 c 43
c) Zweite Alternative des § 145 c (notwendige Teilnahme) 44

III. Kapitel: Spezielles des § 42 1 und das Verhältnis des § 42 1 zu Berufsuntersagungen auf anderen rechtlichen Grundlagen

Erster Abschnitt: Spezielles des § 42 1 StGB

§ 14 Das "pflichtmässige Ermessen des Gerichts" 45
a) Das Ermessen des Richters im Rechtspositivismus und nach Anschauung der Freirechtsbewegung 45
b) Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Staate 47
c) Das pflichtmässige Ermessen beim Berufsverbot 48

§ 15 Sicherung gegen missbräuchliche Anwendung
a) Zuständigkeit und Abstimmung 50
b) Notwendige Verteidigung und Jugendliche 51
c) Begründungszwang und Spezielles 52

§ 16 Vollstreckung, Aufschub, Begnadigung
a) Vollstreckung und Verjährung 54
b) Aufschub 54
c) Begnadigung 55

Zweiter Abschnitt: § 42 1 und das Verbot in der Gewerbeordnung und in den Spezialgesetzen

§ 17 § 42 1 und das Verbot in den Spezialgesetzen
a) Gewerbefreiheit und -verbot 57
b) Das Verbot in der Gewerbeordnung 59
c) Das Verbot in Spezialgesetzen 60

§ 18 § 42 1 und das Verbot im Disziplinarrecht
a) Kriminalstrafe und Disziplinarstrafe 63
b) Die Entziehung des Offiziers- und Schiffsoffizierspatentes 64
c) Das Verbot in den neuesten Disziplinarrechten 66

§ 19 § 42 1 und das Verbot nach § 35 GewO
a) Voraussetzungen 67
b) Anwendung, Wirksamkeit und Zuwiderhandlung .. 69
c) Verhältnis des § 42 1 zu § 35 GewO und den anderen Spezialgesetzen 70

Schluss

§ 20 Kritische Würdigung 72

Einleitung

§ 1.

Problemstellung

Das Gewerbe- und Berufsverbot hat in der Strafrechtsdogmatik wie in der Kriminalpolitik bisher eine unbedeutende Rolle gespielt. Hier und da ist es in einigen Gesetzentwürfen, die selten Gesetz wurden, aufgetaucht oder aber, falls es dort nicht mit aufgenommen war, ist dies vereinzelt von Schriftstellern beiläufig, meist in einer kurzen Anmerkung, bedauert worden. Hingegen kennen wir das Verbot in Form der Ausübung bestimmter Berufe oder Gewerbe sowie Schliessung von Betrieben in einer Reihe von Vorschriften aus gewerbepolizeilichen Gründen oder aber im Interesse der Reinhaltung bestimmter Berufe. Die Befugnis zur Anordnung dieser Massnahme ist dabei grundsätzlich Verwaltungsbehörden, vereinzelt und sichtlich in Ausnahmefällen dem Gericht übertragen worden, und zwar sowohl den Verwaltungsgerichten wie den Disziplinargerichten oder den ordentlichen Strafgerichten. Einer äusseren Kompetenzstreitigkeit war meist durch bindende gesetzliche Bestimmungen des die Untersagung anordnenden Staatsorganes vorgebeugt worden. Dies konnte aber nicht die inneren Kompetenzstreitigkeiten, weder die echten noch unechten, weder die positiven noch negativen, die natürlich bei Auftauchen der Idee eines Berufsverbotes jedenfalls in Erscheinung traten, schlichten. So ist denn in der Literatur ein Streit darüber entbrannt, welche staatliche Stelle, dem Wesen des Berufsverbotes entsprechend, die zweckmässige sei, das Verbot auszusprechen. Das hatte einen weit heftigeren Streit zur Folge, nämlich die Berechtigung und das Wesen des Berufsverbotes. Was die Berechtigung anlangt, so stiess man sich häufig an der Frage: "Inwieweit ist die Entziehung der Befugnis zur Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebes oder Berufes überhaupt zulässig im Hinblick auf die in § 1 GewO. normierten Handels- und Gewerbefreiheit?" Und weiter: "Ist ein Berufsverbot mit diesem vom Staate statuierten Freiheitsrecht in Einklang zu bringen?" Die Gewerbefreiheit, ein subjektiv öffentlicher Anspruch des Individuums auf Unterlassung aller verfassungswidrigen Eingriffe des Staates in des einzelnen Persönlichkeitsrechte schien seinem Wesen nach tatsächlich mit dem Berufsverbot unvereinbar zu sein. Richtete sich doch der dem Staatsbürger garantierte Schutz des § 1 GewO. nicht gegen Verletzungen durch Private, sondern nur gegen staatliche Übergriffe und befreite damit das Individuum von den Handel und Gewerbe lähmenden und hemmenden Fesseln staatlicher Reglementierung des Polizeistaates (vgl. hierzu Kunz S.3). Da aber das geltende Recht in der Gewerbeordnung aus den verschiedenartigsten Gründen für mehrere Berufe, Gewerbe und Gewerbezweige eine Konzessionierung vorsah, so einte man sich in der Literatur (vgl. Kunz S.41 ff) negativ darauf, dass das Berufsverbot lediglich auf die konzessionierten Berufe oder Gewerbe Anwendung finden dürfe. Goldschmidt (vgl. Darst. S. 422/23) gibt dieser Meinung am treffendsten dahin Ausdruck, dass, sollte man das Berufsverbot in ein künftiges Strafgesetzbuch aufnehmen, die Untersagungsbefugnis, ausser auf die öffentlichen Ämter, auf diejenigen Berufe oder Gewerbe beschränken, deren Ausübung von einem besonderen Befähigungsnachweis

oder einer besonderen obrigkeitlichen Erlaubnis (GewO §§ 29 ff) abhängig sind, da sonst Kollisionen mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unvermeidlich wären.

Der Vorschlag des Berufsverbotes als strafrechtliche Massnahme fachte den um die Untersagung der Berufsausübung entbrannten Streit erheblich an und man stritt nun darüber, ob das Gewerbe- und Berufsverbot überhaupt als Strafe oder nur als sichernde Massnahme anzusehen sei (vgl. Kunz S.30 ff; v. Weber S.59). Wurde das Wesen des Verbotes als Strafe anerkannt, so blieb natürlich nicht die Verschiedenartigkeit der Auffassungen hinsichtlich der Strafart aus. So kann man denn in der Literatur sämtliche denkbare Variationen vertreten finden. Das Berufsverbot wird als eine Sonderstrafe, eine Sicherungsstrafe oder aber auch als eine rein polizeiliche Massnahme propagiert. Einige Schriftsteller wollen das Berufsverbot als Hauptstrafe verwandt wissen; einige andere dagegen als Nebenstrafe und auch da bestehen Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der theoretischen Zuteilung, ob Nebenstrafe an der Ehre oder am Vermögen.

Das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 hatte die Untersagung der Berufsausübung als strafrechtliche Massnahme nicht aufgenommen. Lediglich in einem praktisch minder wichtigen, theoretisch aber interessanten Spezialparagraphen (§ 319) ist eine Unfähigkeitserklärung " Zu einer Beschäftigung im Eisenbahn-oder Telegraphendienst oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste" seitens des Strafgerichtes fakulativ möglich als Folge einer Verurteilung nach §§ 115 - 118 STGB. Über das Wesen dieses Verbotes herrscht in der Literatur keineswegs Einigkeit. Sowohl Liszt (.234) wie auch v.Liszt-Schmidt (372, 404) rechnen die Möglichkeit des § 319 StGB zu den Ehrennebenstrafen. Das Reichsgericht (St.E. Bd.5 S.420) sieht die Eisenbahndienstunfähigkeit nach § 319 als "Nebenstrafe" schlechthin an. Dies dürfte heute wohl herrschende Ansicht sein (vgl. auch Kohlrausch zu § 319 S. 362). Frank (Vorbem. zum 1.Absohn. des 1. Teiles II Ziff. 7) sieht die Bedeutung des § 319 in seiner Funktion als polizeiliche Präventivmassregel, da die Rücksichten auf den öffentlichen Verkehr vorwiegen würden. Mayer (S.474) spinnt diesen Gedanken weiter aus, lehnt die Massnahme als Nebenstrafe ab, da sie sonst mit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in eine Gruppe geraten, "wohin sie ganz und garnicht passen" und sagt, dass diese Massnahme so sehr der Zukunft zugewendet ist, dass sie durch das Delikt nur veranlasst würde; " ihren G r u n d findet sie darin, dass die Vertrauenswürdigkeit des Delinquenten erschüttert ist; ihren Z w e c k in der nach Massgabe dieser Unzuverlässigkeit erforderlichen Sicherung von öffentlichen Interessen".

So finden wir weitere Fälle der Untersagung des Gewerbebetriebes und der Berufsausübung lediglich in einigen strafrechtlichen Nebengesetzen, insbesondere in Steuergesetzen (vgl. Aufzählung bei Binding, S. 328 und Goldschmidt S. 270); als gewerbepolizeiliche Massnahme in der Gewerbeordnung und als Disziplinarmassnahme im Disziplinarrecht.

So führte das Berufsverbot ein kaum beachtetes Dasein und, da es auch in den deutschen Strafrechtsentwürfen in keiner Form erschien es niemals in das deutsche Strafgesetzbuch aufgenommen werden zu sollen. Erst in jüngster Zeit wandte sich das Interesse wieder dieser Frage zu, als in den neuesten ausländischen Strafgesetzbüchern wie im polnischen, italienischen, das Berufsverbot als strafrecht-

liche Massnahme und als Sicherungsmassregel auftauchte. Durch das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933" (RGBl. I S.995) wurde das Berufsverbot als Sicherungsmassregel plötzlich und unerwartet in das deutsche Strafgesetzbuch als § 42 l eingeführt, nachdem von Weber (S.58) einige wenige Monate vorher noch darüber geklagt hatte, dass das Gewerbe- und Berufsverbot im Strafrecht keine erhebliche Rolle spiele. Durch das Gesetz ist nun amtlich entschieden worden, dass die Untersagung der Berufsausübung eine rein sichernde Massnahme sei und mit den anderen "Massregeln der Sicherung und Besserung" (s. § 42 a StGB), die bisher ventiliert worden waren, in das Strafgesetzbuch neu aufzunehmen sei. Ob seinem Wesen nach das Berufsverbot nun wirklich eine sichernde Massnahme ist, kann der Gesetzgeber nicht ex cathedra bestimmen; immerhin haben diejenigen Schriftsteller, die das Wesen des Berufsverbotes in seiner Funktion als sichernde Massnahme sehen, eine kräftige, ja die erheblichste Unterstützung, die in dieser Beziehung denkbar ist, gefunden.

I. Kapitel

Geschichtlicher Teil

Erster Abschnitt

Strafe und Massregeln der Sicherung und Besserung

Vorbemerkung: Durch die Aufnahme des Berufsverbotes in die "Massregeln der Sicherung und Besserung" und deren gleichzeitige generelle Einführung in das deutsche Strafrecht ist die Untersagung der Berufsausübung mit dem Geschick der Massregeln der Sicherung und Besserung unlösbar verbunden. Darum ist es notwendig, einen kurzen Blick vorerst auf die Entwicklung dieser Massregeln zu werfen, bis sie schliesslich nach langem Kampf der Strafrechtsschulen und der politischen, speziell parteipolitischen Mächte in ihrer jetzigen Gestaltung der strafrechtlichen Verbrechensprophylaxe dienstbar und als "Massregeln der Sicherung und Besserung" durch den neugeschaffenen § 42a in das auf der Vergeltungsidee aufgebaute bestehende deutsche Strafgesetzbuch von 1871 eingeführt wurden.

§ 2.

Herkömmliche Unterscheidungen

a) Entwicklung bis 1889

Da die Strafen des Mittelalters in ihrer Radikalität tatsächlich weitgehend auf Sicherung der Gesellschaft gegen die kriminelle Gefährlichkeit des Verbrechers abgestellt waren, (z.B. durch die Häufigkeit der Todesstrafen, Leibesverstümmelungen und Landesverweisungen) bestand ein Anlass zur systematischen Ausbildung besonderer "sichernder Massnahmen" nicht. Erst die jüngere Zeit hatte in Anknüpfung an PGO Art. 176 (vgl. v. Liszt-Schmidt § 58 S.365),

nach der allgemein gefährdende Verbrecher in Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit genommen werden konnten, den Gedanken ausgesponnen, neben der wegen der verbrecherischen Tat zu verhängenden Strafe auch auf die spezielle kriminelle Gefährlichkeit einer Person abgestellte sichernde Massnahmen anzuordnen. Aber erst die Aufklärungsbewegung führte zu einer Beschäftigung mit dem begrifflich-theoretischen Problem der "Strafe und sichernden Massnahmen".

Als erster hat der Schöpfer des strafrechtlichen Teils des allgemeinen Landrechtes, Klein, eine "Theorie der Sicherungsmittel" aufgestellt (vgl. v. Liszt-Schmidt S. 366 speziell Anm. 5 und die dort zit. Literatur) und zugleich auch sich mit der Idee einer Besserung des Verbrechers befasst. Klein unterschied die ihrem Wesen nach notwendig ein Übel enthaltende Strafe von der sichernden Massnahme für die lediglich die allerdings niemals genau abzuschätzende Gefährlichkeit des Täters massgebend ist, wobei Strafe sowohl als auch Sicherungsmittel ihren Rechtsgrund finden in der "salus rei publicae" und beide vom Richter verhängt werden. Zuerst sei die Strafe zu vollziehen und daran die Unterbringung des noch zu bessernden bzw. unschädlich zu machenden Täters in einer Besserungs- bzw. Verwahrungsanstalt vorzunehmen. Diesem Vorschlag schloss sich das ALR in § 5 II 20 an, der jedoch schon durch die Zirkularverordnung vom 26. Febr. 1799, die die echte S i c h e r u n g s s t r a f e von unbestimmter Dauer in Konsequenz der vom Vergeltungsgedanken sich immer mehr entfernenden Strafrechtsreformbewegung der damaligen Zeit in das preussische Strafrecht einführte, aufgehoben wurde. Weitere deutsche Staaten folgten in ihrer Gesetzgebung nach. (vgl. v. Liszt-Schmidt S.366 Anm. 6 und 7 und die dort zit. Literatur).

Dieses System bewährte sich aber nicht in dem Masse, wie die Gesetzgeber es gehofft hatten, da eine notwendige, grosszügige und zielbewusste Gefängnisreform und die systematische kriminalpsychologische Erkenntnis ausblieben. Und so bekam die strafrechtliche Reaktion wieder mehr Einfluss und mit ihr die starre Vergeltungsidee, die ihren Niederschlag in den beiden wichtigsten Strafgesetzen jener Zeit, dem preussischen StGB von 1851 und dem ReichsStGB von 1871 fand.

Die Kleinsche Sicherungsidee war damit wohl offiziell tot; sie lebte aber weiter in den Herzen und Hirnen einiger tatkräftiger Gelehrter, die auf Überwindung des reinen Vergeltungsstrafrechts hinarbeiteten. So entstand in den achtziger Jahren die strafrechtliche Reformbewegung, die sich schnell immer mehr ausbreitete. Begründer und Führer dieser, im Gegensatz zu der alten "klassischen" "modern" genannten Strafrechtsschule wurde Franz von Liszt, der 1889 mit dem Holländer van Hamel und dem Belgier Prins die "Internationale Kriminalistische Vereinigung" (IKV), die die Trägerin der modernen Gedanken wurde, gründete. Der Schlachtruf der "Moderne" hiess: "Bekämpfung des Verbrechens als soziale Erscheinung"; und dementsprechend sahen sie in der Strafe nicht Vergeltung, sondern ein Mittel zur Verbrechensverhütung, das daher zweckmässig, variant zu gestalten sei, angepasst den verschiedenen Verbrechertypen. Es ist ein unbestreitbares Verdienst v. Liszts und seiner Schule, das sie als erste klar die verschiedenen grundsätzlichen Verbrechertypen herausgeschält und Vorschläge unterbreitet haben, wie die einzelnen Verbrecher möglichst zweckmässig in Hinsicht der Verhütung weiterer Verbrechen zu bestrafen seien.

b) v. Liszt und die sichernden und bessernden Massnahmen

Man kann Anhänger oder Gegner der "modernen Strafrechtsschule" sein, sicher ist, dass viele rein "moderne" Gedanken tatsächlich Aufnahme in das deutsche Strafgesetzbuch und seine Nebengesetze wie z.B. Jugendgerichtsgesetz, gefunden haben. Hinter den manchmal widerspruchsvollen Lehren v. Liszts, die Birkmeyer mit grosser Emsigkeit stets aufzuzeigen wusste, steckt doch ein gesunder, vernünftiger Kern.Es fragt sich lediglich, ob die von v. Liszt vorgeschlagenen Bestrafungen der einzelnen Verbrecherarten auch wirklich zu dem Erfolge führen, den v.Liszt sich vorgestellt hat und der Zweck (nicht der Grund!) jeder richtigen Strafe ist, nämlich Verhütung künftiger Verbrechen. Nach seinem bekannten Schema will Liszt durch die Strafe den Gelegenheitsverbrecher abschrecken, den besserungsfähigen Zustandsverbrecher bessern und den unverbesserlichen Zustandsverbrecher von der Gesellschaft absondern. Diese Spezialprävention ist aber keineswegs so überaus human und idealistisch aufgebaut; im Gegenteil, und das sehen die strikten Gegner meist nicht ein, im Hinblick auf Sicherung der Gemeinschaft vor dem Verbrecher enthält sie ein gut Teil sozialistisches Element, was denn auch der Grund ist, weshalb die nationalsozialistische Regierung diesen v. Lisztschen Ideen sich intensiv zuwandte. So kann man v. Liszt als den spiritus rector der "Massregeln der Sicherung und Besserung", wie sie in das Strafgesetzbuch durch das Gesetz vom 24. Nov. 1933 eingeführt worden sind, bezeichnen.

Unzweifelhaft ist, dass v.Liszt und seine Anhänger in ihrer Forderung nach "Behandlung" des Täters, die in v. Liszts Werk "Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen" ihre Formulierung und ihren Niederschlag fand, zu weit gegangen sind. Der verfeinerte Ausbau ihrer starren Ideen war aber nur von Nutzen, denn der unbeteiligte Dritte, in diesem Fall der Gesetzgeber, kann den Wert oder Unwert eines Gedankens erst dann voll erkennen, wenn dieser in seinen praktischen Konsequenzen zu Ende gedacht ist. Dass ein schrankenloser Einfluss der "Modernen" auf die Gesetzgebung verhütet wurde, ist wiederum das grosse Verdienst der "Klassiker", die gegenüber der Vernachlässigung der Modernen hinsichtlich des G r u n d e s der Strafe, des begangenen Verbrechens, den Sühne- und Vergeltungsgedanken, das "quia peccatum est", wenn auch überspitzt, in den Vordergrund stellten. Erst aus dem harten Kampf beider Schulen gegeneinander und um den Einfluss auf die Legislative, hat diese nunmehr das vernünftige Fazit gezogen.

Aus dem vorliegenden Ergebnis kann man den Schluss ziehen, dass es falsch wäre, eine gegnerische wissenschaftliche Anschauung, evtl. mit Staatshilfe, mundtot zu machen; glaubt man selbst auch noch so sehr, wie Birkmeyer es von der Lisztschen Idee behauptete, dass die sieghafte Durchdringung der gegnerischen Meinung ein "nationales Unglück" sei. Man soll vielmehr die Existenz gegmerischer Anschauungen dazu benutzen, sein eigenes System auf seine Stich- und Hiebfestigkeit auszuproben und es zu härten und sich stets von doktrinärem Fanatismus fernhalten, das Gute des Gegners anerkennen, und dessen vermeintliche Schlechtigkeit nicht behaupten, sondern beweisen, damit der ehrliche Kampf der Geister sich zu einem "nationalen Glücke" entwickeln möge.

Ob die sichernden Massnahmen als "Sicherungsstrafe" ihre Funktion erfüllen sollten oder aber als spezielle, ausserhalb des Straf-

rechts, wenngleich auch innerhalb des Strafgesetzbuches stehende "Massnahme", darüber hat v.Liszt sich nicht eindeutig ausgesprochen. In seinem Lehrbuch (§ 13 II 2 B S. 72) schreibt er, es sei "Aufgabe der Strafe" " dem für die Gesellschaft unbrauchbar gewordenen Verbrecher die physische Möglichkeit zur Begehung weiterer Verbrechen auf immer oder auf Zeit zu entziehen, ihn aus der Gesellschaft auszuscheiden (künstliche Selektion)." Hier vertritt er also die Sicherungsstrafe, die er später bei der Zustimmung zum "Gegenentwurf" (1911) wieder fallen liess; wie Schmidt (Liszt-Schmidt S. 367 Anm.) behauptet, aus reiner Resignation, zumal die von ihm geforderte unbestimmte Sicherungsstrafe praktisch in der Sicherungsverwahrung zur Geltung käme. Aber schon früher (auf der 7. Versammlung der IKV in Lissabon 1897) hat Liszt den Satz aufgestellt: "L'élimination des incorrigibles n'est plus une peine, c'est une mesure préventive" und sich damit in Gegensatz zur Sicherungsstrafe zur sichernden Massnahme bekannt. Allerdings hat v.Liszt sich auch einmal lustig gemacht über den "Wortstreit", ob Strafe oder sichernde Massnahme, und hinzugefügt ; "Das ist ja die liebenswürdigste Seite in dem Verhalten unserer Gegner, dass sie zufrieden sind, wenn die altehrwürdigen Etiketten geschont werden" -- "Uns soll es auf den Namen nicht ankommen, den man dem Kinde geben will" (vgl."Strafrecht " S.19).

c) Birkmeyer und die sichernden und bessernden Massnahmen

Der schärfste Gegner v. Liszts war Birkmeyer, der ein gut Teil seiner Arbeitskraft der Widerlegung bzw. Gegenüberstellung eigener Anschauungen der v.Lisztschen Ideen widmete.So schrieb Birkmeyer u.a. das Buch "Was lässt v.Liszt vom Strafrecht übrig?" und kam zu der niederschmetternden Kritik:"Nichts!" Die Behauptung v.Liszts, der Schulenstreit habe sich hinsichtlich der Stellungnahme des "Vorentwurfes 1909" überlebt, nennt er eine "lächerliche Phrase" und schliesst damit pathetisch seinen"Ersten Beitrag" " Zur Kritik des Vorentwurfs für ein deutsches Strafgesetzbuch" (S.70). So fest wie v. Liszt als Grund und Zweck der Strafe das "ne peccetur" verteidigt und das "punitur" nur zum Anlass der "Behandlung", wenn auch "scharfer Behandlung", wie sein Freund und Mitkämpfer van Hamel sagt, (vgl. Reden S. 9), nimmt, so fest und unverrückbar erklärt Birkmeyer als Anlass, Grund und Zweck der Strafe "quia peccatum est".

Birkmeyer verficht ebenso leidenschaftlich, wie Liszt die Forderung erhebt; "Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherischer Gesinnung des Täters", die These: "Proportionalität zwischen Strafe und der in der Tat verkörperten Schuld". Indem Birkmeyer, wie alle intransigenten Klassiker den Sinn der Strafe in Repression sehen und durch vergeltenden Strafvollzug (anders als im Vollzuge kann die Strafe nicht Vergeltung sein) auf prävenierende Wirkung in weit untergeordneter Bedeutung hofft, lehnt er reine Präventivmassregeln ab, wenngleich er sie als polizeiliche Massnahmen gelten lässt! "Folglich: Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung durch die Vergeltungsstrafe, aber nicht umgekehrt Vergeltung durch die Schutzstrafe: das wäre die Möglichkeit einer Verständigung der Strafrechtsschulen untereinander, das wäre die Vereinigungstheorie, die wir vertreten müssen" (Rede S.20). Diese "Vereinigungstheorie" scheint mir eine verschleierte "klassische Theorie" zu sein, denn Birkmeyer sagt (a.a.O.) auch, dass die Strafe Vergeltung ist " und

damit Repression". Sie "wird zum Zwecke der Vergeltung verhängt"; "die sichernden Massnahmen aber sind Behandlung und präventiver Natur und werden zum Zwecke der Sicherung ergriffen". Aber Birkmeyer hält auch nicht klar an seinem Zweckgedanken fest, wenn er (a.a.O. S. 19) schreibt: "Der letzte Zweck aller Strafe" sei der "Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens".

Bei der Besprechung des "Vorentwurfes" vermag Birkmeyer im Hinblick auf die Regelung des Vorentwurfes seinen alten Standpunkt der gänzlichen Verwerfung der sichernden Massnahmen nicht voll aufrecht zu erhalten und zeigt damit m.E. nur, dass eine scharfe Trennung zwischen Vergeltungsstrafe und Sicherungsstrafe überhaupt nicht möglich ist. So schreibt Birkmeyer (Erster Beitrag S.54) "Nicht etwa die Einführung (in das StGB) einer Anzahl sichernder Massnahmen an sich steht mit dem Vergeltungsstandpunkt im Widerspruch. Denn der Vergeltungsgedanke hat mit den sichernden Massnahmen nichts zu schaffen, weil er sich nur auf die Strafe bezieht, was die sichernden Massnahmen nicht sind. Die sichernden Massnahmen sind eine Prävention gegen künftige Verbrechen und als solche eine höchst wertvolle E r g ä n z u n g der Strafe. Ich habe daher auch stets die Einführung sichernder Massnahmen in unser Recht befürwortet (?). Nur glaubte ich einer Aufnahme derselben ins Strafgesetzbuch widerraten zu sollen, weil von einer solchen eine Verwirrung der Begriffe Strafe und sichernde Massnahme zu befürchten sind."

Widersprüche weist nicht nur Birkmeyer bei v.Liszt nach, sondern er verwickelt sich auch selbst in Widersprüche; und das meiner Auffassung nach daher, weil Strafe und sichernde Massnahme sich in praxi nicht auseinanderhalten lassen und in der Theorie, wie man bei v.Liszt und Birkmeyer, den beiden Hauptvertretern von pro und anti sieht, nur schwerlich und dann auch nur mit Widersprüchen in der eigenen Lehre.

§ 3.

Die Massregeln in Gesetzen und Entwürfen

a) in der Schweiz

Wenn ich die Entwicklung der Massregeln der Sicherung und Besserung in den Gesetzen und Entwürfen zuerst kurz in den schweizerischen verfolge, so hat das den Grund, weil die Schweiz zeitlich und auch ideell in dieser Hinsicht vorangegangen ist. Etwa um dieselbe Zeit, in der das deutsche Strafgesetzbuch erlassen wurde, begann auch in der Schweiz das Streben nach einem einheitlichen Strafgesetzbuch. Die Vorarbeiten zu einem Entwurf wurdem dem Professor Dr. Karl Stooss in Bern übertragen. Alle späteren schweizerischen, die deutschen und auch anderstaatlichen Entwürfe und Gesetze basieren, soweit sie Massregeln der Sicherung und Besserung in sich aufgenommen haben, mehr oder weniger stark und bewusst auf dem "Stoossschen Entwurf", der in seiner amtlichen Fassung nach den Beschlüssen der Expertenkommission 1896 in den Artikeln 24, 26-28, 30,33-35 derartige "sichernde Massnahmen" vorsieht. Stooss hat in dem nach ihm benannten "Stoossschen Entwurf 1893" in genialer Intuition die Einrichtung und den Begriff der "sichernden Massnahmen" geschaffen (vgl. Rittler S. 102). Eine begriffliche und praktische Trennung von "sichernden" und "bessernden" Massnahmen und "Strafen" hat Stooss nicht vorgenommen.

Die einzelnen Massnahmen sind: Sicherungsverwahrung, Arbeitsanstalt, Wirtshausverbot, Trinkerheilanstalt, Einzeihung, Amtsentsetzung, Entziehung der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt. Die Sicherungsverwahrung kann das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen bei der zuständigen Bundesbehörde beantragen, "wenn es überzeugt ist, dass der Verurteilte nach Entstehung der Strafe wieder rückfällig würde, und es die Verwahrung als geboten erachtet" (Art. 44 § 1). Die Verwahrung soll in einem Gebäude stattfinden, "das ausschliesslich diesen Zwecken" dient (Art.24). Die Verweisung in eine Arbeitsanstalt kann der Richter "statt der Gefängnisstrafe oder neben der Gefängnisstrafe" (Art. 26) anordnen. Das Problem des "Vikarilerens", des Ersatzes der Strafe durch sichernde Massnahmen ist dadurch entstanden. Die Entziehung der elterlichen Gewalt rechne ich auch zu den sichernden Massnahmen. Stooss scheint sie als Nebenstrafe aufgefasst zu haben (s. VE 1896 S.21); Die Verhütung weiteren Verbrechens an Kindern bzw. Mündeln des Täters ist m.E. hier aber ausschlaggebend; also eine Sicherungsmassnahme für die bedrohten Kinder und Mündel (s.VE 1896 S.21). Eine von Stooss nicht vorgesehene sichernde Massnahme sieht der Entwurf von 1896 in Art. 13 vor: Verwahrung und Versorgung Unzurechnungsfähiger und vermindert Zurechnungsfähiger in einer "Heil- oder Pflegeanstalt" (letztere geregelt in Art. 11 Abs. 2).

Stooss hat die Unterscheidung der von ihm sogenannten "sichernden Massnahmen" von der Strafe nur grob vorgenommen. Sein Gedankengang ist etwa folgender: Das Strafrecht soll sich der Strafe nur insoweit bedienen, als sie das wirksamste Mittel ist, den staatlichen Güterschutz zu verwirklichen. Die Strafe soll dabei nicht schlechthin Vergeltung üben, sondern nur "soweit der Zweck es gebietet". Und der Endzweck ist auch für Stooss die Vermeidung der Kriminalität, wobei ihm die Strafe "nicht das einzige und nicht einmal das wirksamste Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens" ist (s. SchwZStr Bd. 4 S. 252). Ist nämlich der Gesetzesübertreter für die Wirkung der reinen Vergeltungsstrafe völlig unempfänglich, so kann er k r i m i n i a l p o l i t i s c h auch nicht strafbar sein; "hier sind unter bestimmten Voraussetzungen sichernde Massnahmen geboten" (Stooss in SchwZStr Bd. 14 S. 293). Hafter (SchwZStr Bd.17 S. 217) zieht daraus das Fazit: "Wer für das Leiden der Strafe empfänglich ist, wird bestraft, wenn er das Gesetz übertritt: gegen den für das Strafleiden unempfänglichen Gesetzesübertreter kann eine sichernde Massnahme zur Anwendung kommen." Stooss hat, wie gesagt, keine grundsätzliche Scheidung vorgenommen, sondern erklärt dass die schärfere Scheidung nicht Aufgabe des Gesetzgebers sei, dem es genüge, "dass die Anordnung, die er trifft, dem Zwecke, den er verfolgt, entspricht", sondern vielmehr "mag sich die Wissenschaft die Aufgabe stellen, jede einzelne Massnahme auf ihre Natur zu prüfen" (Stooss in "Bericht über den Vorentwurf", Bern 1899 S.46; vgl. hierzu Hafter a.a.O.). Die schweizerische Wissenschaft ist dieser Aufforderung auch nachgekommen; ihr verdanken wir heute in erster Linie die theoretische begriffliche Scheidung der Strafe von den sichernden Massnahmen. Von den schweizer Gelehrten haben sich vornehmlich um die Klarstellung verdient gemacht: Hafter (vgl. SchwZStr Bd. 17 S.210 ff), Thormann (vgl. SchwZStr. Bd. 33 S. 135 ff.) und Delaquis (vgl. SchwZStr Bd. 33 S.197 ff.), der die klare Formulierung der sichernden Massnahmen bringt. Er sagt: "Die sichernde Massnahme ist Prävention mit dem Zwecke individueller Behandlung, basiert auf dem gemeingefährlichen Zustand eines Verbrechers" (SchwZStr Bd. 32 S. 697).

In den weiteren schweizerischen Entwürfen von 1903, 1909 und 1918 hat sich hinsichtlich der sichernden Massnahmen nichts Grundsätzliches geändert.

b) Die "Massregeln" in Deutschland bis zur Nationalsozialistischen Revolution

v.Liszt hatte bereits 1893 triumphierend festgestellt, dass der Stoossche Entwurf den von der IKV vertretenen Reformbestrebungen den schärfsten Ausdruck gegeben hat (vgl. Hafter S.31, insbes. Anm. 2); während in Deutschland sich noch keine amtliche Reformbestrebungen, auf die v.Liszt energisch hinarbeitete, bemerkbar machten. Erst 1906 trat eine aus praktischen Juristen bestehende Kommission im Reichsjustizamt zusammen, die den Auftrag erhielt, "einen formulierten Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung auszuarbeiten", (vgl. V.Liszt § 17 II S.93). Im Herbst 1909 wurde der Entwurf nebst Begründung der Öffentlichkeit und damit der Kritik übergeben. Der "Vorentwurf 1909" steht im wesentlichen auf dem Boden der klassischen Schule, erfüllt aber auch schon zahlreiche Forderungen der modernen Schule; dazu sagt die Begründung: Der Entwurf vertritt nicht den Standpunkt einer bestimmten wissenschaftlichen Richtung" (S.4). So sieht der Vorentwurf eine Reihe sichernder Massnahmen vor, "welche sich aus dem Vergeltungsgedanken allein nicht rechtfertigen lassen, sondern auf Prävention abzielen"; und die Begründung spricht aus diesem Gesichtspunkt heraus von "den mit der Strafe z u g l e i c h zu verfolgenden Präventivzwecken der Abschreckung, der Besserung und der Sicherung n e b e n der Vergeltung" (S.29). Denn: "An sich hat jede Strafe zugleich auch die Bestimmung, den Bestraften von einer neuen Verletzung der Rechtsordnung abzuhalten."(S.334)

Die einzelnen sichernden Massnahmen sind in Anlehnung an die schweizer Entwürfe, die als Vorbild für fast sämtliche europäischen Strafgesetzentwürfe dienten, (Näheres s.Hafter S.31), folgende:Unterbringuug in einem Arbeitshaus (§ 42), Wirtshausverbot und Einweisung in eine Trinkerheilanstalt (§ 43), Aufenthaltsbeschränkung bzw. Landesverweisung (von Ausländern) (§ 53), verschärfte Bestimmungen über Einziehung der instrumenta et producta sceleris (§§ 54-56). Als eine Sicherungsmassregel sah der Vorentwurf in § 65 die Unterbringung wegen Unzurechnungsfähigkeit Freigesprochener oder wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit Verurteilter vor (letztere geregelt in § 63 Abs. 2).

Dem Vorentwurf wurde ein von beiden Richtungen (klassischen" und "modernen") angehörenden Rechtslehrern im Jahre 1911 erschienenen " G e g e n e n t w u r f" entgegengestellt, der sich noch mehr den Anschauungen der modernen Schule anschloss; vor allem aber das Berufsverbot vorsah (!).

Der "Kommissionsentwurf 1911", der das Ergebnis einer Durchberatung und teilweisen Neugestaltung des Vorentwurfes war, hat einen Ausbau der Massregeln der Besserung und Sicherung gebracht auch hinsichtlich der Ausdehnung des richterlichen Ermessens bei der Strafbemessung. Die wichtigste Neuerung aber war die nach schweizer Muster eingeführte Sicherungsverwahrung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher (§ 89), die nach verbüsster Strafe durch die Landespolizeibehörde erfolgen sollte (Näheres s. Ebermayer S.27).

Der "Entwurf 1919" schliesst sich eng an den Kommissionsentwurf an und bringt hinsichtlich der "sichernden Massnahmen" keine wesentliche Änderung. Der Entwurf nennt im 12.Abschnitt, zuerst bezeichnet als "Massregeln der Besserung und Sicherung", wodurch der Besserungsgedanke gegenüber der Sicherung hervorgehoben werden soll, folgende Massnahme: die Verwahrung der Zurechnungsunfähigen, die Einweisung in eine Trinkerheilanstalt, die Unterbringung in einem Arbeitshaus, die Sicherungsverwahrung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, das Wirtshausverbot, das Aufenthaltsverbot und die Reichsverweisung. Dazu kommen noch verstreut in anderen Abschnitten: die Erziehungsmassregeln gegen Jugendliche (§ 133) und die Unterbringung von Dirnen in einem Asyl (§ 281) (vgl. hierzu Rittler S.10).

Der "Entwurf 1922" kommt der Forderung der modernen Strafrechtsschule in übertriebener Weise entgegen und will die Strafe auflösen; nicht nur im Hinblick auf Verhinderung künftiger Verbrechen sondern auch in der Vergeltung der Tat. Die "Strafe" drohte unterzugehen in reinen sichernden und bessernden Massnahmen.Der Grund der Strafe (die Vergeltung) war in Vergessenheit geraten und alles dem Zweck geopfert, der in erster Linie auch nicht mehr die Sicherung der Gesellschaft vor dem Verbrecher, sondern die Besserung dieses "Armen" verfolgte. Die moderne Schule überschlug sich damit zugleich mit den extremen Forderungen der politischen Linken.

Der nächste "Entwurf 1925" drehte die Schraube wieder auf ein vernünftigeres Mass zurück und lehnte sich vorwiegend an den"Entwurf 1919" an, der nunmehr als Verhandlungsbasis diente. Der Entwurf wurde 1926 dem Reichsrat vorgelegt, dort durchberaten und nach verschiedenen, meist formalen Änderungen am 14. Mai 1927 dem Reichstag als "Entwurf 1927" vorgelegt. In seinem 8.Abschnitt vereinigt er die sichernden Massnahmen unter dem Titel "Massregeln der Besserung und Sicherung" und führt diese in § 55 auf als "Arten von Massregeln": 1) die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, 2) die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt, 3) die Unterbringung in einem Arbeitshaus, 4) die Sicherungsverwahrung, 5) die Schutzaufsicht, 6) die Reichsverweisung (von Ausländern). Die Schutzaufsicht ist eine bisher nicht vorgesehene Massnahme; sie wird angeordnet (§ 61), wenn eine der verfügten Unterbringungen in Ziff. 1-3 ausgesetzt wird. (Näheres s. Begr. E 27 S. 7 u. 49).

Der "Entwurf 1927" wurde im Strafrechtsausschuss des Reichstages von neuem durchberaten. Zu einem Abschluss sind die Arbeiten jedoch infolge der Veränderung der politischen Lage nicht gekommen; und das ist gut so, denn allem Anscheine nach wäre aus diesem Entwurf bei dem Kuhhandel der Parteien nichts weiter als ein unglückliches Kompromissprodukt geworden.

c) Die Massregeln in ausserdeutschen (europäischen) Staaten

Die Kriminalpolitik der letzten vierzig Jahre führt immer wieder auf den schweizerischen Vorentwurf zurück, beachtet in steigendem Masse die von Stooss angeregten sichernden Massnahmen und hilft damit der Verbreitung und Propaganda der Gedanken der v.Liszt'schen modernen Schule in fast allen europäischen Ländern. Die sichernden Massnahmen wurden dann auch in vielen Gesetzentwürfen und einigen europäischen Gesetzen zweckentsprechend verwandt. So blieb das Problem der "sichernden Massnahme" kein rein schweizerisches und deutsches. Nachstehend einige in dieser Hinsicht wichtige Gesetze und Entwürfe:

1. Österreich sah in seinem "Entwurf 1912" vor allem die allerdings befristete (10 Jahre nach Verbüssung der Strafe) Sicherungsverwahrung vor und Einweisung in eine Pflege- und Heilanstalt von "verbrecherischen Irren" und "gemeingefährlichen vermindert Zurechnungsfähigen" (Näheres Begr. E 27 Anl. 1 S. 36).

Der deutsche "Entwurf 1925" war von Mitgliedern des deutschen und österreichischen Justizministeriums gemeinsam ausgearbeitet worden mit dem Ziel, die beiden national zusammengehörigen Völker, solange die politische Vereinigung unerreichbar ist, wenigstens durch eine Rechtsgemeinschaft näher zu verbinden. So hat ein dem deutschen "Entwurf 1927" gleichlautender Entwurf auch dem österreichischen Nationalrat vorgelegen, der verschiedene Änderungen beschloss. Um aber ein Konformgehen zu sichern, traten Mitglieder des deutschen und österreichischen Rechtsausschusses zu einer "deutsch-österreichischen Konferenz" zusammen, die zuletzt in Wien im März 1930 getagt hat. Seitdem ist die österreichische Strafrechtsreform nicht wesentlich weitergekommen.

2. Der dänische Entwurf 1917 und danach die Entwürfe von 1923 und 1924 haben als wichtigste Massregeln der Sicherung die Sicherheitsverwahrung für gemeingefährliche, rückfällige Gewohnheitsverbrecher statt der Strafe für längstens 10 Jahre über die eigentliche Strafzeit hinaus in Sonderanstalten vorgesehen, daneben aber auch Einweisungen in Heil- und Pflegeanstalten und Trinkerheilanstalten, Wirtshausverbot und Untersagung der Berufsausübung (!). Der dänische Entwurf war seinerzeit der "modernste" Entwurf (vgl. Begr. E 27 Anl. 1 S. 32).

3. Die sichernden Massnahmen im jugoslavischen Entwurf von 1923 waren Zwangsarbeitsanstalt bis zu 20 Jahren für Gewohnheitsverbrecher, Arbeitshaus, Entwöhnungsanstalt und Wirtshausverbot für Trinker; erweitert noch im "Vorentwurf 1926" auf die Untersagung der Berufsausübung (!).

4. Der griechische Entwurf von 1924 wollte folgende Sicherungsmassregeln in das Strafrecht einführen: Aufenthaltsverbot, Landesverweisung (von Ausländern), Einziehung, Arbeitshaus neben oder statt der Strafe, Sicherungsverwahrung, von 3 Jahren ab für unbestimmte Zeit.

5. Norwegen hat in sein Strafgesetzbuch von 1902 als Sicherungsmassregel aufgenommen: Einweisung von Geisteskranken oder vermindert Zurechnungsfähigen in eine besondere Anstalt, Arbeitshaus und Trinkerheilanstalt. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1925 hat noch die Sicherungsverwahrung zu diesen vorhandenen sichernden Massnahmen vorgeschlagen.

6. Das "Strafgesetzbuch der russischen Sozialistischen Förderartiven Sowjetrepublik vom 22. November 1926" bringt in seinem 4. Teil § 20 "Massnahmen des sozialen Schutzes gerichtlich bessernder Art". Die wichtigsten sind die Landesverweisungen von "zum Feinde der Werktätigen" Erklärten (a), "Freiheitsentziehung, die in Besserungsarbeitslagern.... verbüsst wird" (b), Aufenthaltsverbot (g), "Verbot, eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Gewerbe auszuüben" (!) (i), Verwarnung (o), (Näheres s. Gallas S.14). Diese Massnahmen können vorwiegend "sowohl als selbständige Massnahmen des sozialen Schutzes als auch als Ergänzung

zu den Hauptmassnahmen angeordnet werden" (§ 23 II). In § 24 sind "Massnahmen des sozialen Schutzes medizinischer Art" vorgesehen, so die "Unterbringung in einer Heilanstalt" (b) und in § 25 "Massnahmen des sozialen Schutzes medizinisch-pädagogischer Art", so die"Überweisung von Minderjähriger unter die Obhut.... von Behörden" (a) und die Unterbringung in einer besonderen heilpädagogischen Anstalt" (b). Es gibt überhaupt nur "Massnahmen des sozialen Schutzes", keine "Strafe" (!). So verkündet § 9 Abs. 3, dass die Massnahmen "sich Vergeltung und Strafe" nicht zur Aufgabe machen" (Näheres über den Zweck der"Massnahmen des sozialen Schutzes" s. Gallas S. 10).

Das Vergeltungsstrafrecht, auch in seiner schwächsten Form und damit das Strafrecht überhaupt, ist hier den Massregeln der Sicherung und Besserung, hier "Massnahmen des sozialen Schutzes" genannt, zum Opfer gefallen; selbst die Todesstrafe ist keine Strafe, sondern lediglich eine"ausserordentliche Massnahme zum Schutz des Staates der Werktätigen"(vgl. § 21, Gallas S. 14). Die Todesstrafe wird durch Erschiessen vollzogen.

7. Der polnische Vorentwurf von 1922 sah als Sicherungsmassregel vor: Einweisung von gefährlichen Zurechnungsunfähigen oder vermindert Zurechnungsfähigen in eine Heilanstalt; letztere vor der Strafe; Trinkerheilanstalt; Sicherungsverwahrung bis zu 5 Jahren! Das polnische Strafgesetzbuch von 1932 brachte hierzu die im Entwurf noch als Nebenstrafe proklamierte Untersagung der Berufsausübung (!) als Sicherungsmassregel.

8. Die "Sicherungsmassnahmen" sind im so betitelten Achten Titel des italienischen Strafgesetzbuches vom 19.Okt. 1930 behandelt und im 2. Abschnitt Art. 215 einzeln aufgezählt.Es sind dies "freiheitsentziehende Sicherungsmassnahmen": "Überweisung... an ein Arbeitshaus" (Ziff.1), "Unterbringung in einer Heil-, Irren- oder Besserungsanstalt" (Ziff. 2,3,4) und "Nichtfreiheitsentziehende Sicherungsmassnahmen": "Stellung unter Aufsicht" (Ziff.1) Aufenthaltsverbot (Ziff.2), Wirtshausverbot (Ziff.3), Landesverweisung von Ausländern (Ziff.4).

§ 4.

Strafe und sichernde Massnahmen sind nicht zu trennen!

a) Die Strafrechtsschulen und der " Sinn" der Strafe

Der Aufforderung von Stooss, die Wissenschaft möge sich um die begrifflich klare Grenze zwischen "Strafe" und "sichernde Massnahme" bemühen, ist dieselbe auch ausserhalb der schweizerischen Grenze nachgekommen. Ob es ihr aber wirklich gelungen ist, befriedigende Ergebnisse vorzuweisen, möchte ich bestreiten. Allgemeingültige klare Grenzen zwischen Strafe und sichernder Massnahme sind überhaupt nicht zu ziehen, da die Definierung der einen und der anderen und die Abgrenzung untereinander abhängig ist von der subjektiven Einstellung des Definierenden zum Strafrecht. Denn eine objektive Betrachtung des "richtigen Strafrechts" gibt es nicht.Das Strafrecht ist logisch-mathematisch

nicht zu erfassen, da es keine rationale Grösse ist. Ein "richtiges" Strafrecht existiert nicht; lediglich ein gewolltes! Was die "reine Wissenschaft" vermag, ist die Aufzeigung der Verbrechenselemente und die Kausalwirkungen der Strafe; sie vermag also lediglich empirische Tatsachen zu erkennen. Die Frage nach dem "Sinn" der Strafe ist eine philosophische, und die Lösung kann nicht empirisch gefunden werden. Logisch kann die Strafe nicht erfasst und daher auch nicht objektiv, d.h. Anspruch auf Gemeingültigkeit erhebend, definiert werden. Ein kleiner Teil der Strafe aber ist empirisch zu erfassen, und das ist das Problem des "Seins" der Strafe; Problem insofern als die Erkenntnis davon schwierig ist und auch zu den gröbsten Missverständnissen geführt hat; während das des "Sein-Sollens" ein politisches, hier ein kriminalpolitisches ist.

Die unklaren bzw. verschwommenen Vorstellungen über die Kompetenz der "reinen Wissenschaft" hat denn auch zu den grössten Unklarheiten und Widersprüchen geführt. Die Klassiker und im grossen und ganzen auch die Modernen sind sich darüber einig, dass Strafe Vergeltung "ist", denn auch v.Liszt hat gesagt: "Ich leugne es gar nicht, die Strafe ist Vergeltung -- wie auch immer die Reaktion beschaffen sein mag, die die Gesellschaft ausübt gegen den Verbrecher; diese Reaktion wird immer Vergeltung sein" (vgl. Rede S.10) Anm. 33). Birkmeyer triumphiert daraufhin und unterstellt v.Liszt auch die Auffassung, dass die Strafe Vergeltung s e i n s o l l e, um ihm daraufhin Inkonsequenz vorzuwerfen! Aber Liszt hat mit seinem Ausspruch keine kriminalpolitische Ansicht, sondern eine historische Seinserkenntnis ausgesprochen. So hat auch Exner (S.27) darauf hingewiesen, dass mit dem Satze: "Strafe ist Vergeltung"nichts über die Strafe an sich ausgesagt wird. "Dieses Urteil ist ein analytisches, das Wort Vergeltungsstrafe ein P l e o n a s m u s". Sind sich Klassiker und Moderne also über das "Sein" der Strafe einig, so nicht über das "Sein-Sollen", das nach ersterem wiederum Vergeltung nach letzterem Prävention ist. Hinter dem "Sein-Sollen" steckt die Frage nach dem "S i n n " d e r S t r a f e, die d a s e i n z i g u m s t r i t t e n e P r o b l e m d e r S t r a f r e c h t s s c h u l e n m.E. ist. Denn im"letzten Zweck" treffen sie sich wieder. So sagt Liszt u.a. und Birkmeyer stimmt dem zu (Rede S.19): "Wie der einzelne auch zu den Fragen nach Rechtsgrund und Zweck der Strafe sich stellen mag - in dem einen Satz begegnen sich doch alle Meinungen, dass die Strafe eine der Waffen sein soll, die dem Staate in seinem Kampf gegen das Verbrechen zur Verfügung gestellt werden." Der "letzte Zweck" der Strafe ist also nach den übereinstimmenden Ansichten der beiden Strafrechtsschulen etwa "Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens" bzw. "Bewährung der Rechtsordnung durch Bestrafung des Verbrechers". Nach Kitzinger (S.67) ist "Zweck" die beabsichtigte Wirkung. Man ist sich danach über die Absicht klar, streitet aber über die Kausalität der Wirkung und vergisst dabei, dass das Strafrecht ein "Kampfrecht" ist (vgl. "Mezger" S.59 und Mezger GS Bd. 102 S.28).

Die Widersprüche und Unklarheiten, die sich bei den meisten Schriftstellern finden, deren Bemühen um die Klarstellung "Strafe und sichernde Massnahmen" ging, beruhen m.E. auf mangelhafter Erkenntnis des Gegners, der gemeinsamen Grundlage ("Strafe ist Vergeltung") und auf den gemeinsam hinzielenden letzten Zweck der Strafe ("Schutz" bzw. "Bewährung" der Rechtsordnung). Die Einzelheiten aufzuzeigen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, so weise ich auszugsweise auf die wichtigste Literatur hin. "Exner"

vor allem S.~8, 32, 37, 49, 186, 197, 211, 215-24, Exner in SchwZStr Bd. 34 S. 183 ff., "Rittler" (S.102 ff.), "Mezger" vor allem S.59, 130, 138, 201-03, Birkmeyer in seinen"Beiträgen", "Strafrecht? und "Rede"; Stooss in SchZStr Bd. 33 (S.135 ff.), Delaquis in SchwZStr. Bd. 32 S.679 und Bd. 33 S. 197; "Hafter" (S.237 ff.); hier teilweise Widerrufung von seinem Aufsatz in SchwZStr.Bd. 17 (S.211 ff.).

b) Der hier vorausgesetzte Verbrechenbegriff

Wenn ich gesagt habe, dass klare, allgemeingültige Grenzen zwischen Strafe und sichernden Massnahmen nicht zu ziehen seien, und behaupte, dass diese überhaupt nicht zu trennen sind, so muss ich auch wohl kurz eine Begründung dafür geben und meine Auffassung im Bewusstsein der Unvollkommenheit und der Unmöglichkeit, in dieser notwendigen Kürze sie erschöpfend zu erörtern, klarlegen; denn ich habe weiter gesagt, dass die Definition der "Strafe" bzw. "Sichernden Massnahme" ein Niedersohlag nur der eigenen subjektiven Anschauung wäre, da es kein "richtiges" Strafrecht gäbe. Will man aber über Strafe reden, muss man vorher klären, was man "strafen" will; also das Verbrechen beleuchten.

Unter "Verbrechen" (i.w.S.) versteht man nach herrschender Ansicht eine rechtswidrige schuldhafte mit Strafe bedrohte Handlung. Die "Handlung" ist unter diesen Bedingungen die wichtigste. Es gibt viele Theorien, die das Phänomen "Handlung" erklären wollen, philosophisch oder analytisch mit seinen Unterarten "psychoanalytisch" und"individualpsychologisch". Die analythischem Methoden haben wohl wertvolle Einzelergebnisse zeitigen können, die der philosophischen Erkenntnis der ätiologischen Grundauffassung des verbrechens zu dienen vermögen, selbst aber bei ihrer mechanistisch-materialistischen Methodik niemals eine Gesamtlösung zu bringen imstande sind, da die gesunde Seele "unberechenbar" ist. Eine menschliche Handlung ist nicht das Produkt von Anlage und Umwelt, deren Faktoren zur Not analytisch aufzeigbar sind. Aber auch insoweit vom "Verbrechen als Schicksal" zu reden, ist falsch, da eine starke Persönlichkeit nicht nur"gemäss ihrer Anlage" (Nicolai S.46) sich ihre Umwelt schafft, nicht nur räumlich, sondern vor allem auch seelisch gemeint. Unzweifelhaft spielt die Anlage und die Umwelt eine erhebliche Rolle bei jeder Tat, nicht der verbrecherischen sondern allgemein jeder Handlung, aber doch nicht die einzige; so wenig wie die Anlage allein, noch die Umwelt, noch beide zusammen, noch gemeinsam + ihrer selbständigen Resultante, "Charakter" vielfach fälschlich genannt, die Ursache als "conditio sine qua non" eines Verbrechens ist. Zwar weise ich dem Charakter unter den drei Faktoren (Anlage, Umwelt und Charakter), auf deren Zusammenwirken jede "actio" m.E. beruht, die entscheidende Stellung zu. "Charakter" aber keineswegs als blosse "resultierende geistige Beschaffenheit" aus Anlage und Umwelt aufgefasst (s.Finger, GS Bd. 104 S.187), sondern gesehen in seiner Hauptbedeutung als selbständiger, dem Menschen innewohnender "Wille", der nicht analytisch erfasst und zerfasert werden kann. Der Mensch ist keine Fertigfabrikatmaschine, die bei entsprechender Konstruktion (Anlage) und Energiezufuhr (Umwelt) ein ganz bestimmtes Produkt liefern m u s s . Der Mensch m u s s aber nur das, was er w i l l ! So sagt Nietzsche: "Ich wollte das, was ich muss; damit zwang ich mir jedes "Muss"; seitdem gibt es für mich kein "Muss". Die Anlagen sind gegeben; aber

"die blosse Disposition ist noch kein unentrinnbares Fatum! Sie bedeutet nur eine "potentielle Ursächlichkeit", eine Einstellung auf gewisses Zielstreben, also nur P r ä d i s p o s i t i o n, nicht P r ä d e s t i n a t i o n" (Nagler in GS Bd. 104 S.428). Besser und kürzer als Nagler es gesagt hat, kann man es nicht ausdrücken. Damit die potentielle Energie in kinetische Energie umgewandelt wird, bedarf es einer ausserhalb der potentiellen Energie liegenden Energie, d a s i s t d e r W i l l e, der aber nicht eine immanente Funktion einer potentiellen Energie ist wie die kinetische, sondern losgelöst von der Materie! Ist das "freier Wille"?! Da das ganze Problem sich hier nicht in Kürze aufrollen lässt, so will ich einem indischen Weisen das Wort geben (Sadhu Sundar Singh in "Gotteswirklichkeit" deutsche Ausgabe S.75): "Wir haben die Fähigkeit, gut und böse zu unterscheiden und zwischen beiden zu wählen, d.h. wir sind frei i n n e r h a l b d e r u n s g e s e t z t e n G r e n z e n zu handeln. Wir sind frei, nicht weil wir hätten anders handeln können, sondern einfach, w e i l w i r h a n d e l n !" Ich denke, also bin ich! Ich handle, also will ich!

Der Wille ist also das Entscheidende jeder vollendeten Handlung; er ist ihr adäquat! Nur muss man unterscheiden zwischen dem Willen zur Erkenntnis und dem Willen zur Tat; der"Wille zur Erkenntnis" ist der "Gedanke". Der intuitive Gedanke mag prädestiniert sein! (theologisches Problem) Der W i l l e z u r T a t i s t f r e i! (philosophische Erkenntnis; prädestiniert?!) So sagt Nietzsche (" Vom bleichen Verbrecher" in " Zarathustra"): "Ein anderes ist der Gedanke, ein anderes die Tat, ein anderes das Bild der Tat. Das Rad des Grundes rollt nicht zwischen ihnen."

Das Verbrechen ist die abgeschlossene Tat und wird uns sinnfällig durch das "Bild der Tat", das eine Verlautbarung der "Handlung" ist, die basiert auf "Gedanke" und "Wille" zur Tat.

c) Der hier vorausgesetzte Begriff der Strafe

Es ist eine physikalische Tatsache, dass auf "actio" eine "reactio" notwendigerweise folgt. Diese "reactio" ist ein Zeichen dafür, dass der Mechanismus in Ordnung ist. So ist es auch im Leben. Folgt einem Schlag kein Gegenschlag, dann muss man die Folgerung ziehen: der Empfänger des Schlages ist nicht gesund, da er nicht mehr reaktionsfähig ist. Dasselbe gilt auch für den Organismus "Staat". Wird dem Staat ein Schlag versetzt durch Verletzung seiner Rechtsordnung, und reagiert der Staat nicht mit einem Gegenschlag, dann ist dieser Staat nicht "vital"; er ist im Absterben begriffen. Alles, was sich nicht wehrt, wenn es angegriffen wird, hat keine "Vitalität" mehr, ist morsch und hat seine Daseinsberechtigung verloren. "Was fällt, soll man auch noch stossen" (Nietzsche). Ein Staat, der nicht mehr mit Strafe auf Normzuwiderhandlungen reagiert, ist kein Staat mehr. Weg mit einem solchen Staat, der der Anarchie zusteuert! Die Strafe als "reactio" ist ihrem "Sein" nach empirisch-logisch "Vergeltung". Das "S e i n " ist somit e i n e h i s t o r i s c h e T a t s a c h e!; und der S t r a f a n s p r u c h des Staates eine dem Staate immanente Funktion und nicht ein Recht oder gar eine Pflicht. Gibt der Staat seinen Strafanspruch preis, dann "funktioniert" er nicht mehr!

Ist das "Sein" der Strafe mithin Vergeltung, so ist der "Sinn" der Strafe noch nicht erklärt; der "Sinn" als "Sein-Sollen"! Das "Sollen" aber ist ein "Wollen". Was nicht sein soll, das will ich nicht; was aber sein soll, das will ich! So kann man das "S e i n-S o l l e n" definieren als :"Das u n t e r d e n m e n s c h l i c h e n W i l l e n g e z w u n g e n e S e i e n d e". Damit ist m.E. bewiesen, dass der "Sinn" der Strafe abhängig ist vom menschlichen Willen und dass ein Streiten um diesen Sinn sinnlos ist. Man kann lediglich seinen subjektiven Strafsinn mehr oder minder trefflich vertreten, aber nie hoffen, seinen Gegner logisch überzeugen zu können, sondern nur kraft seiner Persönlichkeit, die wiederum der eigene Wille formt. Behauptet also die "moderne Schule", der Sinn der Strafe sei Prävention und die Klassiker wollen das widerlegen, indem sie logisch zu beweisen versuchen, dass Strafe nicht nur Vergeltung ist, sondern sein soll, so ist es ein Aufzäumen des Pferdes am verkehrten Ende. Dies Pferd wird nie gezäumt und reitbar sein.

Es gibt aber auch "Moderne ", die das Sein der Strafe als Vergeltung leugnen (z.B. Ferri). Sie verkennen m.E. damit aber den Begründer der "modernen Schule", v.Liszt, der prinzipiell an der Sicherungs- S t r a f e festhielt. Mit v. Liszt's Wollen der Strafe deckt sich auch zum Teil mein Wille. Aber warum soll die Strafe Vergeltung sein? Wass heisst überhaupt "Vergeltung"? "Vergelten" heisst: "Gleiches mit gleichem heimzahlen". Wie kann ich aber, da ich festgestellt habe, dass die causa efficiens der vollendeten Tat der Wille ist, den Willen der Tat adäquat strafen? Der Versuch ist gemacht worden. Stock hat in seinem Buch " Die Strafe als Dienst am Volk" den Nachweis zu führen gesucht. Er sagt: "Abzüglich ihrer rechtlichen Eigenschaften sind Verbrechen und Strafe als Strafverbüssug gleiche Begriffe: je ein W i l l e n s v e r h a l t e n eines Menschen, des Rechtsbrechers (Täter)" (S.4). "Die Strafverbüssung ist der rechtliche Gegensatz zum Verbrechen, ist ein contrarius actus" (S.4). "Grundsätzlich muss die Strafverbüssug bestehen in einer freiwilligen Hingabe der ganzen Person an die als höhere Ordnung anerkannte Volksgemeinschaft, in einem spontanen und opferbereiten, hingebungsvollen Arbeiten im Dienste des Volksganzen zum Zwecke der rechtlichen Ausgleichung des Rechtsbruchs" (S.5). "Das Verbrechen kann ausgeglichen werden nur durch ein Willensverhalten, das der Täter selbst dem Staate erbringt, dessen Rechtsordnung er durch das Verbrechen verletzte" (S.16). "Dem malum actionis des Verbrechens steht ein gleich grosses bonum actionis gegenüber"(S.17) Die Vergeltung besteht z.B. bei der Todesstrafe darin, dass "der Staat von dem zum Tode Verurteilten grundsätzlich fordert, das Urteil an sich selbst zu vollziehen. In dieser Aufopferung seiner ganzen Persönlichkeit der Volksgemeinschaft zur Ausgleichung des Rechtsbruches läge ein aktives, verdienstliches Willensverhalten" (S.111). Ich hätte diese Auffassung hier nicht so (verhältnismässig) gründlich zitiert, wenn es nicht um das Problem ginge der r e i n e n Vergeltung. Die Vergeltung des Staates als Äquivalent der Tat in der Forderung des Willens zum "bonum actionis". M.E. hat Stock seine Theorie selbst (in den angeführten Zitaten bereits) ad absurdum geführt, wenngleich er insofern Erfolg gehabt hat, als in der vom Reichsjustizminister herausgegebenen Brosohüre über die Vorschläge der amtlichen Strafrechtskommission zu lesen ist, dass beabsichtigt sei, von zum Tode Verurteilten zu fordern, die Todesstrafe an sich selbst zu vollziehen!

Kann man also den verbrecherischen Willen zur Tat nicht äquivalent strafen, so ist eine reine Vergeltung nicht möglich. Warum sollte man dann nicht, wenn doch der letzte Zweck der Strafe unumstritten die Verhütung weiterer Verbrechen ist, nicht die Strafe auch zweckmässig gestalten?! Warum krampfhaft "vergelten" wollen? Hat doch schon E.F.Klein, der Begründer der Sicherungsstraftheorie, darauf hingewiesen, dass es unvernünftig sei, ein Übel nur deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist. Man muss also z w e c k m ä s s i g v e r g e l t e n und nicht r e i n! Der Staat darf keine Rache üben. Er muss den einzelnen Täter da packen, wo gerade dieser Täter zu packen ist, im Hinblick auf die Verhütung weiterer Verbrechen; Verbrechen, begangen nicht nur durch den Täter, sondern durch jeden anderen Rechtsgenossen auch. Individual- und Generalprävention müssen sich also untereinander und mit der Vergeltung ergänzen. Es ist bei Bestrafung jedes Täters zu prüfen: "Wie kann ich den Z w e c k der Strafe durch V o l l z u g der Strafe erreichen?" "Wie ist die Wirkung auf den Täter, wie auf die anderen Rechtsgenossen?" Da ergibt sich eine Vielheit von Strafarten und Strafvollzugsarten. Ist z.B. ein Täter durch liederliche Arbeitsscheu zu seiner Tat gekommen,so ist esgeradezu sinnlos, ihn ins Gefängnis ohne Arbeitszwang zu sperren, "um zu vergelten". Dieser Bursche muss in seiner Strafzeit hart angefasst werden und arbeiten lernen; also: "Einweisung in ein Arbeitshaus", wobei die Dauer des Aufenthalts und die dortige Behandlung der Schwere der Tat entsprechen muss. In einem derartigen Strafvollzug ist vereinigt: Vergeltung, Besserung, Abschreckung (auf den Täter und die Gesamtheit!) und Sicherung für eine gewisse Zeit, die durch Eintritt der Besserung von selbst überflüssig wird. Es ist wahrhaftig doktrinärer Vergeltungsfanatismus, der heute noch fordert, dass erst die "Strafe" und dann erst die"Massregel" der Besserung bzw. Sicherung vollzogen bzw. durchgeführt wird, wenn die Besserungsmassregel mit der Strafe und die Strafe mit der Besserungsmassregel zweckmässig verbunden werden kann. Strafe und Massregeln sind nicht zweierlei! Wir dürfen "Strafe" und "Massregel der Sicherung und Besserung" nicht trennen, wir müssen vielmehr einen neuen Strafbegriff uns erwerben, der nicht N u r-Vergeltung ist, sondern die bessernden und sichernden Massnahmen mit umfasst. (Über Sicherung und Strafe s.u. § 7 b). Diese neue S t r a f e s o l l z w e c k m ä s s i g s t e V e r g e l t u n g s e i n !

Zweiter Abschnitt

Geschichte der Untersagung der Berufsausübung

§ 5

a) Das Wesen des Berufsverbotes

Das "Wesen"des Berufsverbotes ist von den verschiedenen Schriftstellern verschieden aufgefasst worden. Es gibt wohl kaum eine strafrechtliche Massnahme wie die der Untersagung der Berufsausübung, die so viel verschiedene Meinungen gezeitigt hat. Eine

besondere Schwierigkeit bot dabei die Abgrenzung vom polizeilichen Recht und Unrecht. So schreibt Finger (s.Kunz S. 21): "Die Abgrenzung der Fälle, in denen der Verlust von Rechten eine polizeiliche Massregel ist, von den Fällen, in denen sie den Charakter einer Nebenstrafe an sich trägt, bereitet Schwierigkeiten". Die Untersagung der Berufsausübung kann nämlich erfolgen, weil der davon Betroffene die t e c h n i s c h e n Fähigkeiten nicht gerade zu diesem Beruf besitzt. Ist das Berufsverbot dann eine verwaltungsrechtliche Angelegenheit oder aber eine strafrichterliche Massnahme, angeordnet zur Sicherung der Allgemeinheit vor diesem unfähigen Berufsausübenden, der infolge seiner Unfähigkeit Verbrechen begehen kann? Kann das Berufsverbot auch auf "Unschuldige", d.h. solche Personen ausgedehnt werden, die keine strafrechtliche Tat durch ihre Unfähigkeit begangen haben? Soviel Fragen, soviel Antworten.

Eines muss vorweggeschickt werden: Es ist unmöglich, für die Ableitung der Rechtsnatur des Verbotes, dass die erkennende Instanz dafür bestimmend sein soll. So weist auch Finger (vgl. Kunz S.21) darauf hin, dass die "Verschiedenheit nicht immer Ausdruck finde in der Zuständigkeit der Behörde, die den eingetretenen Verlust ausspreche". Besonders macht Finger in dem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass aus Zweckmässigkeitsgründen durch Gesetz die Ausübung mancher verwaltungsrechtlicher Funktionen dem Strafgericht übertragen sei, ohne dass dabei derartige Massregeln durch Ausspruch eines Strafgerichts nun auch zu strafrechtlichen Massnahmen würden.

Die Verwirrung in der Auffassung vom "Wesen" des Berufsverbotes besteht m.E. darin, dass das Wesen des Berufsverbotes nicht einheitlich definiert werden kann und es zu den verschiedenartigsten Zwecken dienen kann, als dass man z.B. mit Erfolg versuchen könnte, die Untersagung der Berufsausübung aus rein gewerbepolizeilichen Gründen, weil die betroffene Person die erforderlichen Vorkenntnisse nicht besitzt und die Untersagung der Berufsausübung aus strafrechtlichen Gründen, weil die betroffene Person den Beruf zu Verbrechen missbraucht, auf einen gemeinsamen Hauptnenner zu bringen. Sicherlich ist bei beiden Untersagungen der Hauptgedanke: Sicherung der Personen, die mit dem Berufsausübenden durch dessen berufliche Tätigkeit in Berührung kommen. Dienen aber nicht alle unsere Gesetze irgendwie dem strafrechtlichen und zivilrechtlichen Schutz der Interessen einzelner?! Zwar ist der Staat nicht dazu da, die Interessen gerade eines einzelnen als "Individuum" zu schützen, wohl aber die Interessen des einzelnen in seiner Funktion als Mitglied und Träger der Gemeinschaft. So dient jedes Gesetz und jede Verordnung, die der Staat erlässt, irgendwie dem Schutz oder selbständigen Förderungsmöglichkeit einzelner (natürlich nur im Rahmen der Gemeinschaft) und nicht des Staates; Sonderinteressen des Staates im Gegensatz zur Gemeinschaft gibt es nicht! Der Staat ist nicht Selbstzweck, der Staat ist Mittel zum Zweck.

Die Literatur hat sich aber energisch darum bemüht, eine Klarstellung der Untersagung der Berufsausübung hinsichtlich seiner Stellung im deutschen Recht, vor allem im deutschen Strafrechtsyste zu geben. Dass ihr der Erfolg einer allgemeingültigen Zuweisung versagt bleiben musste, hat sie leider nicht erkannt. Umsonst ist die Arbeit aber trotzdem nicht gewesen, da wir dadurch heute das Problem nicht nur klar sehen, sondern auch alle nur möglichen Variationen des Berufsverbotes aufs Genaueste untersucht vorfinden und wir bei dem Einbau der einen oder der anderen Art vom Verbot eines bestimmten Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges in das deutsche Recht,

sei es nun Strafrecht oder Gewerberecht, nicht selbständig um die Herausschälung gerade dieser Art von Verbot uns zu bemühen brauchen, sondern auf die vorhandenen Begriffsbestimmungen zurückgreifen können. Dies ist auch bei Schaffung des § 42 1 StGB geschehen. Der Gesetzgeber hat nicht eine neue Massnahme ersonnen, sondern auf vorhandenen Vorschläge von Entwürfen und Gelehrten zurückgegriffen; aber auf diejenigen Vorschläge, die das Berufsverbot als rein sichernde Massnahme in das Strafgesetzbuch eingeführt wissen wollten.

b) Sichernde Massregel

Ein tieferes Eingehen auf die Auffassungen der Schriftsteller betr. der rechtlichen Natur der Untersagung der Berufsausübung glaube ich mir im Hinblick darauf sparen zu können, dass Kunz in seiner Dissertation "Das Gewerbe- und Berufsverbot im Strafrecht" (Züricher Diss. Bern 1922) diesem sehr gründlich nachgegangen ist; ich verweise daher auf diese Dissertation, vor allem S. 20-39. Meine Aufgabe sehe ich darin, die Schriftsteller zu behandeln, die Kunz nicht beachtet hat, eine Gemeinübersicht über die Zuteilung des Berufsverbotes in das Recht seitens der Gelehrten zu geben, die sich damit befasst haben und die Begründung zur Zuteilung kurz zu erläutern.

Als strafrechtliche, sichernde Massregel sehen die Untersagung der Berufsausübung an: Hafter, M.E.Mayer, Finger, Binding, Kitzinger, Goldschmidt, Rittler, Exner und Freudenthal.

Hafter (S.319) sagt, dass "trotz des starken Übelsgehaltes, der im Berufsverbot liegt", eine "abgeklärte Auffassung es nicht mehr den Strafen zuzählen" dürfe, und widerspricht sich damit selbst. (S. SchwZStr Bd. 17 S. 219).

M.E.Mayer (S.474) sieht die Untersagung der Berufsausübung deshalb als sichernde Massnahme an, weil sie "ihren Zweck in der nach Massgabe der Unzuverlässigkeit des Delinquenten" erforderlichen Sicherung von öffentlichen Interessen" findet.

Binding, (S.328) sieht in dem Verbot eine "R e c h t s v e r w i r k u n g i n f o l g e D e l i k t e s " und beruft sich auf das gemeine Recht, das derartige Rechtsverwirkungen auch prinzipiell nicht zu den Strafen stellt".

Kitzinger (S. 58 Ziff. 65) will durch das "Gewerbeverbot" denjenigen, der sich "in einer gebundenen Wirtschaft nicht einfügen will ..... durch sichernde Massnahmen im eigentlichen Sinne ...., anbinden".

Goldschmidt ist sich nicht ganz einig. Er sagt (S.421): "Wo der Gedanke des Delikts der ausschlaggebende ist und die Entziehung auf Zeit erfolgt, handelt es sich um eine N e b e n s t r a f e. Wo dagegen der Schwerpunkt auf der bewiesenen Unfähigkeit o d e r der Gefahr weiteren Missbrauchs oder weiteren Rückfalls liegt und die Entziehung auf Dauer oder bis zum Befähigungsnachweis erfolgt, handelt es sich um eine S i c h e r u n g s m a s s r e g e l." (s. auch S. 423, 281).

Rittler (S. 103) vermisst das "Berufsverbot" im Entwurf 1919 unter dem 12. Abschnitt: "Massregeln der Besserung und Sicherung".

Exner(in SchwZStr.34 Jg. S.481 Fussn.2) vermisst ebenfalls das "Berufsverbot (bzw. Verbot, ein Gewerbe auszuüben)" im Entwurf 1919 und sagt, dass dies einer "allgemeinen Regelung" bedürfe und zwar als sichernder Massnahme. So hat er bereits in seiner "Theorie der Sicherungsmittel" (S. 107) in der dort aufgestellten Tabelle unter I "Persönliche Sicherungsmittel" I."Sicherungsmittel gegen chronische Gefährlichkeit" B."Schutzmittel" 2."Relative Schutzmittel" d. "durch Beschränkung der Bewegungsfreiheit" aufgeführt: "Berufsverbot, Entziehung der Konzession, Entziehung einzelner Berufsrechte". Den Charakter des Berufsverbotes als einer sichernden Massnahme folgert er aus "dem Erfordernis der Gefährlichkeit pro futuro"(S.101). Der Rechtsgrund dieser Massregel sei das Vorhandensein der Gefährdung; deren Behebung der Zweck.

Freudenthal (S. 155) sucht das "Berufs- und Gewerbeverbot" vergeblich im Entwurf 1925 und hält es "in der Fassung des Schweizer Entwurfs" (1918 Art. 51) für erwägenswert "als die naturgemässe Folge der Verletzung von Sonderpflichten des Berufes usw.", schlägt aber weiter vor, dem Richter die Möglichkeit zu geben, "darauf auch s t a t t einer Freiheitsstrafe zu erkennen oder doch im Vollzug einer Freiheitsstrafe treten zu lassen". (Vikariieren!)

c) Strafe

I. Als H a u p t s t r a f e wollen das Berufsverbot verwandt wissen:

Köhne (ZStW Bd. 8 S. 460/62), v. Liszt (s.Kunz S. 24 und Lehrb. S. 253 Anm.6) und v.Weber (S.61).

Köhne ist der einzige unter den Schriftstellern, den ich gefunden habe, nach dem "die Untersagung der Berufsausübung gewisser Berufe in Fällen, wo bei Ausübung derselben delinquiert ist, eine durchaus angemessene Strafe" sein soll (S. 461), da in diesen Fällen, "die Aberkennung der Fähigkeit...., bestimmte Gewerbe auszuüben, alle diejenigen Requisiten in sich vereinigt, welche von einer guten Strafe gefordert werden können." (S.460). Köhne schlägt daher vor: "Die Untersagung der Ausübung bestimmter Berufe müsste in dem speziellen Teil des Strafgesetzbuches bei gewissen Delikten (besonders denjenigen gegen Leib und Leben) angedroht werden. In solchen Fällen könnte sie eine durchaus zweckentsprechende H a u p t s t r a f e bilden, zweckentsprechender als mitunter eine Freiheitsstrafe".

v.Liszt rechnete de lege ferenda das Berufsverbot zu seiner "S i c h e r u n g s s t r a f e". So verspricht er sich auch aus ihrer Androhung, die mit der Veröffentlichung des verurteilenden Ausspruches zu verbinden wäre, eine nicht unbeträchtliche generalprävenierende Wirkung (vgl. Kunz S.24). Nach Liszt (S.253 Anm.6) "handelt es sich dort überall um eine wirkliche Strafe, wo durch strafgerichtliche Erkenntnis der Verlust einer Befugnis ausgesprochen wird."

v.Weber zeigt in seinem Aufsatz "Das Gewerbe- und Berufsverbot als Mittel der Kriminalpolitik", dass "seinem I n h a l t nach das Gewerbe-Berufsverbot sowohl Strafe wie sichernde Massnahme sein kann". (S.60). Als Strafe wird nach ihm das Verbot "vor allem in Betracht zu ziehen sein nicht als allgemeine, sondern als S o n-

d e r s t r a f e - bei den Sonderdelikten der Gewerbetreibenden und Berufsausübenden" und ihren Platz vor allem in jenen strafrechtlichen Nebengesetzen haben, "welche die Verletzung von Berufspflichten unter Strafe stellen". Für Berufspflichtverletzungen allgemeiner Art lässt sich nach ihm die Aufnahme dieser Sonderstrafe"auch in das allgemeine Strafgesetzbuch rechtfertigen."

Als Strafmittel ohne besondere Zuteilung wird die Untersagung der Berufsausübung bzw. eines Gewerbebetriebes de lege ferenda auch noch empfohlen von Rosenberg, Lindenau, Wächter und Specht. Sie erkennen übereinstimmend bei diesem Verbot wesentliche Merkmale der Strafe, "denn sie folgen in der Regel auf ein Verbrechen; sie werden vom Strafrichter ausgesprochen und oft, ja fast in der Regel vom Betroffenen als Übel empfunden und auch von Dritten als Übel aufgefasst". (s. u. vgl. Kunz S.24).

II. Hinsichtlich der Verwendung des Berufsverbotes als N e b e n s t r a f e ist zu unterscheiden die Zurechnung zu den Ehren - nebenstrafen, den Vermögensnebenstrafen und den Nebenstrafen schlechthin.

1.) Als N e b e n s t r a f e n s c h l e c h t h i n wollen die Untersagung der Berufsausübung und die Aberkennung der Fähigkeit, bestimmte Gewerbe auszuüben verwandt wissen: Eberhardt Schmidt (ZStW Bd. 45 S.42) und Kunz (S. 34 u. 38).

Schmidt hat dem Gesetzgeber die Aufnahme folgender Bestimmung als Nebenstrafe im Strafgesetzbuch der Zukunft empfohlen:

"Begeht jemand ein Verbrechen oder Vergehen unter grober Verletzung der Pflichten, die ihm sein öffentliches Amt oder sein von einem Befähigungsnachweis oder einer obrigkeitlichen Erlaubnis abhängiger Beruf oder Gewerbe auferlegen, so ist neben der sonst verwirkten Strafe auch auf Verlust des bekleideten Amtes oder der Berufs- oder Gewerbeberechtigung zu erkennen.

Kunz lehnt das Verbot als sichernde Massnahme ab, da es sich hierbei lediglich um einen "Sicherungsversuch" ohne absolut sichernde Wirkung handle und sich daher "als solche überhaupt rechtspolitisch nicht rechtfertigen liesse". Der theoretischen Auffassung des Verbotes als einer Strafe entspräche letztlich auch "der volkstümlichen Ansicht vom Wesen dieser Massnahme" (S.36). Eine Unterscheidung, ob Ehren- oder Vermögensnebenstrafe, hält er praktisch für bedeutungslos und theoretisch nicht für durchführbar (S.38).

2.) Zu den E h r e n n e b e n s t r a f e n rechnen die Untersagung der Ausübung gewisser Berufe und Gewerbe:

Wick, Stooss und Aschrott (vgl. hierzu Kunz S.37); Goldschmidt, Eberhard Schmidt und Allfeld.

Wick hat bereits 1854 (Rostock!) das Verbot als Ehrennebenstrafe betrachtet.

Stooss rechnet es zu den Ehrennebenstrafen, und zwar sagt er: "So ist der Verlust von Rechten und Befugnissen, soweit er Strafe ist, eine E h r e n n e b e n s t r a f e m i t w i c h t i g e n v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e n N e b e n w i r k u n g e n", denn "die Untersagung des Berufes trifft den Verurteilten nicht nur an seiner Ehre, sondern meist noch empfindlicher an seinem Vermögen."

Auch Aschrott, der die Entziehung der Berusausübung unter den allgemeinen Ausdruck "Rechtsminderung" bringen will, weist demselben den Platz unter Ehrenstrafe zu.

Goldschmidt rechnet das Verbot, soweit es sich im betreffenden Falle nicht um eine Sicherungsmassnahme handelt, zu den Ehrennebenstrafen und behandelt die Untersagung des Gewerbebetriebes unter " E h r e n f o l g e n". (S. 270 u. 422).

Schmidt zählt die"richterlich ausgesprochene Unfähigkeit zum Gewerbebetrieb" bei der Einteilung in sein Strafensystem zu den Ehrennebenstrafen (v.Liszt-Schmidt S. 372) nachdem er 1925 in ZStW Bd. 45 S. 42 eine Unterteilung noch nicht vorgenommen hatte. Die Voraussetzung für den Strafcharakter ist ihm aber, "Dass der Richter im Urteil auf diese Unfähigkeit erkannt hat" (S. 404).

Allfeld bringt in seinem Lehrbuch § 51(S.273) unter "N e b e n s t r a f e n a n d e r E h r e bzw. a n d e r R e c h t s f ä h i g k e i t" in III den "Verlust bestimmter einzelner Rechte" und zählt in

5. "die Unfähigkeit zu gewissen Berufsarten" und in

6. "die Unfähigkeit zum Gewerbebetrieb" auf.

3) Als V e r m ö g e n s n e b e n s t r a f e sehen das Berufsverbot an: Rosenberg, Binding, Krohne (vgl. hierzu Kunz S.37) Liszt und v. Weber.

Krohne und Rosenberg sprechen hier ohne weiteres von einer V e r m ö g e n s s t r a f e , wobei sie im Hinblick auf das deutsche Recht jedoch lediglich die Gewerbeordnung und das Steuerstrafrecht vor Augen haben. (Vgl. S.37, vor allem Anm.6 u. 9).

Binding zählt den Verlust des Rechts zum Gewerbebetrieb nach dem Sozialistengesetz vom 21.Oktober 1878 zu den Vermögensnebenstrafen.

v.Liszt teilte in sein Strafensystem (S.255) de lege lata "Nebenstrafen am Vermögen" zu: a) "Der dauernde oder zeitige Verlust der Befugnis zum Gewerbebetriebe, soweit auf ihn im Urteil durch den Richter erkannt wird."

v.Weber (S.60) sieht "das Gewerbe- und Berufsverbot" de lege lata in Berufung auf v.Liszt als Vermögensstrafe und damit als Vermögensnebenstrafe an. Wesentlich sei, "dass dem Betroffenen die Möglichkeit abgeschnitten wird, durch Betrieb des Gewerbes oder Ausübung des Berufes seinem Erwerbe nachzugehen."

§ 6

Das Gewerbe- und Berufsverbot in Strafgesetzen und Entwürfen

a) in der Schweiz

Der "Stoossche Entwurf 93" enthielt in Art. 32 das Gewerbe- und Berufsverbot als Nebenstrafe in folgender Fassung:

"Hat der Täter durch ein Verbrechen die Pflichten des Berufes oder Gewerbes, zu dessen Ausübung er staatlich ermächtigt war, grob verletzt und liegt die Gefahr weiteren Missbrauchs vor, so unter-

sagt ihm der Richter die Ausübung des Berufes oder Gewerbes für die Zeit von 1-5 Jahren. Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe fällt die Strafzeit nicht in Berechnung".

Mit der Aufnahme in den Entwurf 1893 durch Stooss ist das Berufsverbot als strafrechtliche Massnahme i.w.S. innerhalb eines grösseren Strafgesetzentwurfes zuerst fixiert worden. Dieser Art. 32 bildete die Diskussionsgrundlage für alle weiteren vorgesehenen Berufsverbote in anderen Entwürfen, nicht nur schweizerischen, und auch Gesetzen. Abgestellt ist im Art. 32 auf die "Pflichtverletzung"; ausserdem muss die ernstliche "Gefahr weiteren Missbrauchs" vorliegen.

Der Art. 32 wurde als Art. 34 in den VE von 1896 unter Weglassung der Worte "zu dessen Ausübung er staatlich ermächtigt ist" aufgenommen; damit also auf die nichtkonzessionierten sog. "freien Gewerbe" ausgedehnt. Im VE von 1903 finden wir das Berufsverbot im gleichen Wortlaut wie in Art. 34 im Art. 43. Der VE von 1908 brachte keine wesentliche Änderung. Der E 1916 machte zur weiteren Voraussetzung der Anordnung des Berufsverbotes die Verurteilung zu mindestens 3 Monaten Freiheitsstrafe! Der Art. 55 lautet:

"Hat jemand bei Ausübung seines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes ein Vergehen begangen, für das er zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsentziehung verurteilt worden ist und besteht die Gefahr weiteren Missbrauchs, so kann ihm der Richter die Ausübung des Berufs, des Gewerbes oder des Handelsgeschäftes für 1-5 Jahre untersagen. Diese Bestimmung findet auf Vergehen, die durch das Mittel der periodischen Presse begangen werden, keine Anwendung. Das Verbot wird mit der Rechtskraft des Urteils wirksam. Die Dauer des Verbotes wird von dem Tage an gerechnet, da der Verurteilte endgültig entlassen wurde."

Die Grundgedanken dieses Art. 55, gleichlautend als Art.51 in den E 1918 übernommen, bilden das Gerippe für unseren § 42 1 StGB!, wenngleich dieser als Nebenstrafe gedacht war,während jener eine Massregel der Sicherung sein soll.

Der E 1918 stellt zuerst in Art. 344 einen speziellen Übertretungstatbestand auf: "Wer einen Beruf, ein Gewerbe oder ein Handelsgeschäft ausübt,dessen Ausübung ihm durch Strafurteil untersagt ist, wird mit Haft oder Busse bestraft." "Bisher war vorgesehen,dass dem Bunde dieselben Mittel zur Vollstreckung des Verbotes zur Verfügung gestellt werden sollten, welche das kantonale Verwaltungsrecht zu seiner wirksamen Durchführung kennt."(Vgl. Kunz S.99) In verschiedenen Strafgesetzbüchern der einzelnen schweizer Kantone finden sich nämlich schon seit langer Zeit Gewerbe- und Berufsverbote, deren Verhängung nach den allgemeinen Bestimmungen der Strafgesetzbücher in das Ermessen des Gerichts gestellt sind. Die Anordnung ist fakultativ! Regelmässig sehen die Gesetze eine zeitliche Beschränkung vor (z.B. Solothurn § 22: 1-10 Jahre); Schwyz § 14 Abs. 2 enthält gar keinen Hinweis auf die zeitliche Wirkung, während einige andere Kantone (z.B. Zürich § 25, Luzern PolStGB § 18 Abs.2) das Verbot lebenslänglich zulassen. Das Berufsverbot wird meist als N e b e n s t r a f e verwandt, lediglich Schwyz § 14 Abs. 2 und Obwalden PolStrGes. Art. 7 Abs. 1 haben es als sichernde Massnahme verwandt, wobei Oswalden in Art. 7 Abs. 2 dem Bestraften auch ausdrücklich verbietet, einen ihm untersagten Beruf etc. auf seine Rechnung durch Familiengenossen oder andere Personen weiterführen

zu lassen. Wallis stellt die Übertretung des in Art.41 Abs. 2 vorgesehenen Berufs- und Gewerbeverbotes in Art.42 unter eine Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten. Näheres über die "Entziehung des Rechtes, einen bestimmten Beruf oder ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben", siehe Stooss S. 188/89 und Hafter S. 319/22.

b) Das Berufsverbot in deutschen Gesetzen und Entwürfen

Wenn das Berufsverbot auch in keiner Form in einem der deutschen Gesetzentwürfe aufgenommen war, so ist die Schaffung des § 42 1 StGB doch kein völlig neues Institut für Deutschland, da die Untersagung der Berufsausübung in den verschiedensten Variationen sich früher vielfach in den Strafgesetzbüchern der deutschen Länder vorfand (vgl. hierzu Kunz S.103/10).

Bereits das ALR kannte das Verbot in Form der Ausübungsuntersagung eines Gewerbebetriebes für Personen, die als Verkäufer von Nahrungsmitteln, als Kaffeewirte, Gastwirte, Pfandleiher, Händler und Baumeister mit den Strafgesetzen in Berührung kamen und zwar lediglich mit der Ausnahme der Bestimmung betr. Baumeister, nur als N e b e n s t r a f e. Das preussische StGB von 1851 enthielt Bestimmungen über das Gewerbeverbot in den §§ 184, 202, 203, 267, die generell durch den § 143 GewO für den Norddeutschen Bund v.21. Juni 1869 aufgehoben wurden. Die Gewerbeordnung liess den Gewerbeentzug nur noch in sichtlichen Ausnahmefällen weiterbestehen (s. unten).

Der preussische Entwurf von 1843 sah das Gewerbeverbot im § 562 vor:

"Gewerbetreibende, welche zum Betriebe ihrer Kunst oder ihres Gewerbes einer obrigkeitlichen durch Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit bedingten Erlaubnis bedürfen, sie mögen zu dessen Ausübung besonders verpflichtet werden oder nicht, sind der Befugnis zur selbständigen Betreibung ihres Gewerbes für verlustig zu erklären:

a) Bei jeder Verurteilung zu Zuchthaus,

b) bei Verurteilung zu einer Strafe gelinderer Art, wenn solche wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Fälschung oder Eidesbruches erfolgt.

c) bei Verurteilung zu Strafarbeit, wenn der Verurteilte ein Verbrechen, durch welches er seine Berufspflichten verletzte, begangen hat und früher schon wegen eines solchen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist."

Weiter enthalten die §§ 560, 561, 563, 654 des preussischen Entwurfes und § 17 des Braunschweigischen Gesetzbuches Bestimmungen über das Gewerbeverbot (Näheres s. bei Kunz S.104).

Das bayrische Gesetz vom 30.Januar 1868, das Gewerbewesen betreffend, bestimmte im Art.29:

"Wird eines der in Art. 8 genannten Gewerbe zu einer Handlung missbraucht, welche als Verbrechen oder Vergehen strafbar ist, so sind die Gerichte befugt, neben der gesetzlichen Strafe auszusprechen, dass dem Verurteilten die Berechtigung zum selbständigen Betriebe des betr. Gewerbes entzogen werden kann."

In jüngster Zeit finden wir das Berufsverbot in Deutschland nur noch in einigen wenigen Steuergesetzen (vgl. Binding S.328 und Goldschmidt S. 270; s. unten § 17). Die Aufnahme des Verbotes in den E 1909 wird von der Begründung ausdrücklich abgelehnt. Eine allgemeine Vorschrift zu erlassen, dafür bestände keine genügende Veranlassung (vgl. Begr. S.169/70); vor allem sei eine dahingehende Vorschrift nicht unbedenklich, zumal "hinsichtlich der völlig freien Gewerbe sie praktisch undurchführbar" wäre, und fügt hinzu: "In Bezug auf die an eine gewisse staatliche Anerkennung gebundenen Gewerbe kann sie aber zu Härten führen, da die Gerichte auf Grund der Ermittlung im Strafverfahren nicht immer in der Lage sein werden, die Frage, ob der Verurteilte aus dem Beruf oder Gewerbe entfernt werden muss, klar zu übersehen, namentlich wenn technische Fragen in Betracht kommen". (S.169).

Mit diesen Argumenten liessen sich aber die Schöpfer des "Gegenentwurfes 1911" nicht überzeugen und schlugen in § 76 GE als N e b e n s t r a f e das Gewerbe- und Berufsverbot in folgender Fassung vor:

"Begeht jemand ein Verbrechen oder Vergehen unter grober Verletzung der Pflichten, die ihm sein öffentliches Amt oder sein von einem Befähigungsnachweis oder einer obrigkeitlichen Erlaubnis abhängigen Beruf oder Gewerbe auferlegen, so kann neben einer mindestens drei Monate betragenden Freiheitsstrafe auf Unfähigkeit zur Ausübung des betr. Amtes, Berufes oder Gewerbes auf die Dauer von 1-5 Jahren erkannt werden. Die Aberkennung der Fähigkeit zur Ausübung des Amtes, Berufes oder Gewerbes bewirkt den dauernden Verlust des bekleideten Amtes und die Zurücknahme der erteilten Genehmigung oder Bestallung. Für die Dauer der Unfähigkeit kann der Verurteilte den Beruf oder das Gewerbe auch nicht durch andere zu seinem Vorteil ausüben lassen oder als Stellvertreter eines anderen ausüben."

Die Gegenentwurfsbegründung (S.105) rechtfertigt das Verbot damit, dass niemand besser als das Strafgericht in der Lage sei, zu beurteilen, ob der Verurteilte aus dem Amt, Beruf oder Gewerbe zu entfernen sei, da es "in der Hauptverhandlung alles zur Verfügung stehende Material unmittelbar kennen gelernt" und die Erfahrung ergeben habe, "dass die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung regelmässig auf Grund der Strafakten" träfe. "Die Möglichkeit eines Disziplinarverfahrens gegen Beamte" soll dagegen unberührt bleiben. Auf die freien Gewerbe sollte sich die Vorschrift des § 76 GE aber nicht beziehen!

o) Das Berufsverbot in ausserdeutschen (europäischen) Gesetzen und Entwürfen

Das Gewerbe- und Berufsverbot ist in vielen ausserdeutschen (europäischen) Gesetzentwürfen und einigen Gesetzen vorgesehen. Hinsichtlich der Entwürfe verweise ich generell auf oben § 3 o. und behandle hier nur die wichtigsten, dort nicht aufgeführten Möglichkeiten.

1. Ö s t e r r e i c h hatte in seinem dem E 1912 vorausgehenden "Entwurf 1909" sichernde Massnahmen als "Sicherungsmittel" in §§ 36-42 vorgesehen, darunter aber nicht das Berufsverbot. Als

Straffolge dieser Art kannte der Entwurf nur den Ausschluss vom Behördenbesuch auf 6 Monate, evtl. Verlängerung bis zu drei Jahren bei einer Verurteilung wegen Kurstreiberei (§ 392). "Das Einführungsgesetz sucht die entfallenden Vorschriften des (damals) geltenden Rechts durch einige Normen allgemeinen Inhaltes zu ersetzen" (so sagt die Begründung S.375) und bestimmt in Art. 48 § 1 Abs. 1:"

"hat jemand einen Beruf oder ein Gewerbe, dessen Ausübung vom Nachweise besonderer Kenntnisse oder Fertigkeiten abhängt, zur Begehung eines Verbrechens oder eines mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstarfe bedrohten Vergehens missbraucht, so kann ihm die zuständige V e r w a l t u n g s b e h ö r d e für den Zeitraum von einem bis zu zehn Jahren bei besonderer Gefährlichkeit für immer untersagen, den Beruf, einen bestimmten Zweig des Berufes oder das Gewerbe auszuüben. Die Behörde kann auch die Gewerbeberechtigung entziehen."

In § 2 ist den Entzug vorgesehen bei mangelnder "Kenntnis oder Fertigkeit, die zu einem Gewerbe erforderlich sind", solange bis der Nachweis der Behebung dieses Mangels erbracht ist.

2. Als "Massnahme des sozialen Schutzes gerichtlich bessernder Art" ist im § 20 i des S o w j e t r u s s i s c h e n Strafgesetzbuches von 1926 das "Verbot, eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Gewerbe auszuüben," aufgeführt. § 38 Abs.1 erläutert das näher:

"Das Verbot, eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Gewerbe auszuüben, wird von dem Gericht - für die Dauer von höchstens fünf Jahren - dann ausgesprochen, wenn das Gericht angesichts des von ihm festgestellten Missbrauchs, den der Verurteilte mit der Ausübung seines Berufes oder Gewerbes getrieben hat, es für unmöglich erachtet, dem Verurteilten eine weitere Ausübung zu gestatten."

3. Als Nebenstrafe hat I t a l i e n in Art. 31 seines Strafgesetzbuches von 1930 das "Verbot eines Berufes oder eines Gewerbes" aufgenommen:

"Jede Verurteilung wegen Verbrechens, die unter Missbrauch der Befugnisse oder unter Verletzung der mit einem öffentlichen Amt oder einer öffentlichen Dienstleistung oder einer der in Ziff. 3 des Art. 28 bezeichneten Ämter verbundenen Pflichten, unter Missbrauch eines Berufes, Gewerbes, gewerblichen Unternehmens, Handelsgewerbes oder Handwerks oder unter Verletzung der mit diesen verbundenen Pflichten begangen sind, hat das zeitliche Verbot der Bekleidung öffentlicher Ämter oder des Berufs, Gewerbes, gewerblichen Unternehmen, Handelsgewerbes oder Handwerks zur Folge."

Die Folgen des Verbotes sind geregelt in Art.30:

"Das Verbot eines Berufes oder eines Gewerbes bewirkt die Unfähigkeit des Verurteilten während des Verbotes zur Ausübung eines Berufes, Gewerbes, gewerblichen Unternehmens, Handelsgewerbes oder Handwerks, für welche eine besondere Erlaubnis oder besondere Befähigung erforderlich ist, und hat den Wegfall der erwähnten Erlaubnis, Befähigung, Ermächtigung oder Lizenz zur Folge.

Die Dauer des Verbotes eines Berufes oder eines Gewerbes darf nicht weniger als einen Monat und nicht mehr als fünf Jahre betragen vorbehaltlich der im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fälle."

In Art.35 ist die"E n t h e b u n g von der Ausübung eines Berufes oder Gewerbes" vorgeschrieben als Folge eines Missbrauchs eines Berufes usw. oder eine Pflichtverletzung, "wenn die auferlegte Strafe nicht unter einem Jahr Haft beträgt" (Abs.3). Die Enthebung "darf nicht weniger als 15 Tage und nicht mehr als 2 Jahre betragen" (Abs.2).

Betreffs des Berufsverbotes s.auch Art. 33 (bei Bunge S.43).

4. Das p o l n i s c h e Strafgesetzbuch von 1932 sieht in seinen Art. 44c, 48, 85 Berufs- und Gewerbeverbote sowohl als N e b e n s t r a f e wie auch als S i c h e r u n g s m a s s r e g e l vor.

§ 7

"Strafe", "sichernde Massnahme" und Berufsverbot

a) Bisherige Auffassung von Strafe und sichernder Massnahme

Schon die bisherige Literatur hat zum überwiegenden Teil anerkannt, dass die praktische Abgrenzung der Strafe von den sichernden Massnahmen (als Oberbegriff für "Massregeln der Sicherung und Besserung") schwer vorzunehmen sei, da die sichernde Massnahme zuviel Elemente der Strafe enthielte, als dass im Vollzug eine klare Scheidung möglich wäre. So sagt Exner (SchwZStr. 34.Jg. S.192): "Sichernde Massnahmen, die in ihrem Vollzug tatsächlich soviel Übel enthalten, dass Androhung und Vollzug tatsächlich generalpräveniierend wirkt, können Strafen von gleicher Übelsqualität ersetzen". Warum da aber dann eine theoretische Zweiheit konstruieren wollen, wenn es eine praktische Einheit ist?! Es kann doch nicht die Bestimmung der "reinen Wissenschaft" sein, theoretisch-begrifflich herrlich klar zu denken, zu scheiden und Systeme im luftleeren Raum aufzubauen. Was sich aus praktischen Gründen empfiehlt, darf theoretisch nicht verkehrt sein! Die Begr. zum E 1909 schreibt z.B. hinsichtlich der Ersetzung kurzer Strafen durch die Korrektionshaft, dass dies wohl "theoretisch als prinzipwidrig angefochten werden" könne, es sich aber aus "praktischen Gründen" empfehle.Das Institut des "Arbeitshauses" hat der Wissenschaft überhaupt Kopfzerbrechen gemacht. Auch die einseitigsten Vergeltungstheoretiker müssen anerkennen, dass das Arbeitshaus in hervorragender Weise dazu geeignet ist, die Vergeltungsstrafe im bisherigen Sinne zu ersetzen; und trotzdem wollen sie krampfhaft an ihrer "Strafe" festhalten. So sagt z.B. Rittler (S.106): "Ein Verzicht auf Strafe scheint mir der besonderen Umstände wegen in den Fällen des Arbeitshauses möglich, und auch da möchte ich a u s P r i n z i p die Strafe wenigstens ausgesprochen sehen". Mir scheint diese Forderung ein bedenkliches Zeichen zu sein für die Entfernung einiger Strafrechtstheoretiker von den praktischen Notwendigkeiten. Ist die sichernde Massnahme ihrem "Sein" nach wirklich "ethisch farblos" und"bringt kein Unwerturteil zum Ausdruck", wie Rittler (S.104) es behauptet? Bereits Wüst (Rede S.16) hat darauf hingewiesen, dass die sichernden Massnahmen "auch vom ethischen Standpunkt aus" S t r a f e n sind, "denn mit ihrer Verhängung spricht man zugleich ein moralisches und soziales Werturteil aus", wenngleich nach Wüst (Rede, S.14) "vom streng theoretischen Standpunkt aus" es nicht zu billigen sei, dass die sichernden Massnahmen auch Strafnatur

haben sollen; trotzdem doch den sichernden Massnahmen "nun einmal ein gewisser Strafinhalt nicht abzusprechen" sei!; vor allem auch deshalb, weil sie vom Strafrichter verhängt werden und dadurch zumindest einen "Anflug von Strafcharakter" erhalten!

"Die Strafe ist die Repression eines Verbrechens durch die Staatsgewalt, welche dadurch erfolgt, dass dem Verbrecher für seine Rechtsgüterverletzung eine verhältnismässig gleiche Rechtsgüterverletzung auf Grund strafrichterlichen Urteils zugefügt wird. Was dieser Begriffsbestimmung nicht entspricht, das ist nicht Strafe und sollte auch nicht Strafe genannt werden. Wohl gibt es noch andere Mittel, das Verbrechen zu bekämpfen als die Strafe; aber sie sind eben keine Strafe mehr". Soweit Birkmeyer (Rede S.14) Die Strafe so einseitig gesehen, vermag nicht dem "letzten Zweck" der Strafe zu dienen, der Verbrechensverhütung! Die Vergeltung ist in der Strafe ja schon als "dialektische Notwendigkeit" enthalten (vgl. Kitzinger S.65 Ziff.75). Die reine Vergeltungsstrafe k a n n völlig nutzlos für die Gemeinschaft sein, und schon Allfeld hat erklärt, "dass eine Strafe, von der kein Nutzen für die Gesellschaft zu erwarten sei, der Begründung entbehre." (Vgl. Exner S.40). Das Wollen der Vergeltungstheoretiker, dem Verbrecher "für seine Rechtsgüterverletzung eine verhältnismässig gleiche Rechtsgüterverletzung zuzufügen, ist ein unerfüllbares, da, wie ich oben unter § 4 c gezeigt habe, der verbrecherische Wille zur Tat nicht adäquat zu bestrafen ist. Warum sollte dann aber die Reaktion des Staates, die in ihrem überwiegenden Teil ein tatsächliches Übel darstellt, nicht auch ein theoretisches sein und man diese Reaktion nicht auch "Strafe" nennen? Ist es ein wirklicher Vorzug, wenn die Verbrechensbekämpfungsmethode des Staates, ausgelöst durch eine verbrecherische actio, sich im Trialismus (Strafe, Besserungsmassregel, Sicherungsmassregel; vgl. Exner, SchwZStr 34. Jg. S. 183) auflöst, statt energisch und zielbewusst ein einziges zu sein, nämlich "Strafe"?! Versteht man unter Strafe denn wirklich nur Vergeltung? Sollte man unter "Strafe" nicht allgemeiner die Reaktion des Staates gegen den Rechtsbrecher auch sehen können?! Die Begründung des E 1909 zeigt, wie sehr die Verfasser zwischen beiden Anschauungen geschwankt haben und sich der letzteren Auffassung zubekannt haben und dennoch ihren Entwurf auf Vergeltung aufbauen wollten und so zu den unglücklichen Formulierungen von "Strafe" gekommen sind. So ist zu lesen in Begr. S.314: "Das Wort Strafe umfasst hier auch die sichernden Massnahmen" (S.407); die sichernden Massnahmen wirken, "ohne Strafe im Rechtssinne zu sein", doch strafähnlich. "Strafe in diesem Sinne ist auch das Arbeitshaus". Die "Strafe im weitesten Sinne" soll alle sichernden Massnahmen und ausser ihnen auch Einziehung und Urteilsbekanntmachung umfassen (S.314). Birkmeyer beklagt mit Recht den "armen Richter, der ein Gesetz anwenden soll und bei jedem Paragraphen, der von Strafe redet, sich die Frage vorlegen muss, ob hier Strafe im weitesten oder engeren oder im technischen Sinne gemeint ist" (2.Beitr. S.52).

b) Meine Auffassung von Strafe und sichernder Massnahme

Wie wir gesehen haben, führt die Analyse der Verbrechensbekämpfung nicht weiter. Wir müssen wieder die Synthese finden! Diese Synthese soll kein Kompromiss zwischen den beiden Strafrechtsschulen sein, sondern ein selbständiges Neues, das die Gegensätze der beiden Schulen in sich erstickt. Erik Wolf (vgl. Mezger S.201

Anm.2) hat diese Synthese in "Überwindung des sozial-liberalen Geistes der bisherigen Strafrechtsreformbewegung und des autoritär-reaktionären Geistes ihrer bisherigen Opposition durch den sozial-autoritären Geist einer nationalen Strafrechtsneugestaltung" finden wollen.

Oben in § 4 c habe ich gesagt, dass Strafe zweckmässigste Vergeltung sein solle. Es muss also ein Verbrechen vorliegen, um strafen, um vergelten zu können. So scheiden aus meinem Strafbegriff sämtliche "reine" sichernde Massnahmen aus; darunter verstehe ich die, die ergriffen werden, um die Gemeinschaft vor einem verbrecherisch Gefährdeten zu schützen, der entweder noch kein Verbrechen oder aber kein "schuldhaftes" Verbrechen (§ 51 StGB) begangen hat. Wo kein Verbrechen, da keine Strafe;"denn die Strafe hat als Reaktion nur einen Sinn in Beziehung auf die vorangegangene actio" (Hellmuth Mayer in GS Bd. 104 S. 322) und "gegen die Kranke, abnorme Psyche wird kein Vorwurf erhoben" werden und damit keine Strafe zur Anwendung gelangen können (s.Kitzinger S. 25 Ziff.36). Mein Strafbegriff schliesst aber in sich sämtliche Sicherungsmassregeln und Besserungsmassregeln, die verhängt werden aus Anlass einer schuldhaften verbrecherischen Tat. Nun wird man mir entgegenhalten können: "Wie ist es aber mit Deiner Vergeltung?!" Nun, ich habe ja gesagt (s. oben § 4 c), dass beim Strafvollzuge die jeweils zweckmässigste Behandlung u n t e r dem Vergeltungsgedanken zu erfolgen habe. Ich fordere daher mit v.Liszt (s. Exner S. 237): "Differente Behandlung differenter Verbrecher"; nur gehe ich weiter als v.Liszt und fordere den Vollzug dieser Behandlung nicht als "Behandlung", auch nicht als reine "Sicherungsstrafe", sondern als "Strafe"; d.h. in möglichst gerechter Vergeltung für die Tat. Divergiert das nötige Mass an Vergeltung mit der Notwendigkeit der Besserung und Sicherung, so hat letzteres den Vorzug; denn durch Begehung der Tat büsst der Verbrecher das Recht ein, in vollem Umfange an der Volksgemeinschaft teilzunehmen; er schmälert seine Rechtsstellung selber und verwirkt das Recht, innerhalb der Gemeinschaft nach seinem eigenen Willen zu leben. Dieser Wille geht auf die Strafgerichte als Organ der Gemeinschaft über! Der Richter bestimmt nun über die Art der Fortführung des weiteren Lebens des Täters. Ist die verbrecherische Handlung in ihrem Erfolg nur gering gewesen, so ist das dennoch gleichgültig für die Bemessung der "Strafe", wenn die Tat ein Sympton für die asoziale Einstellung des Täters ist und weitere Handlungen dieser Art zu befürchten sind. Der Verbrecher hat sich durch seine Tat ausserhalb der Gemeinschaft gestellt; der Richter versucht (es ist immer ein Versuch!), den Verbrecher zu resozialisieren; soll es wirksam sein, muss es zweckmässig sein. Sieht der Richter die Nutzlosigkeit eines Versuchs ein, wird er zweckmässig handeln, den Verbrecher von der Gemeinschaft, ausserhalb deren sich der Täter selbst gestellt hat, abzusondern. Das mag den reinen Vergeltungstheoretikern ungerecht erscheinen, weil vom Vergeltungsstandpunkt aus, hinsichtlich des Taterfolges, eine lebenslängliche Freiheitsstrafe zu hoch erscheint; ist dies nicht aber Vergeltung im höheren Sinne: der Verwirkung des Rechtes auf Teilnahme an der Gemeinschaft?

Meine Forderung de lege ferenda ist demnach: einheitliches System einer Bekämpfung des t ä t i g e n Verbrechertums durch eine Strafe, die "Strafe" und "sichernde Massnahme" im bisherigen Sinne umfasst, indem den sichernden Massnahmen Straffunktion und der Strafe Zweckfunktion übertragen wird!

c) Das Berufsverbot und Strafe und sichernde Massnahme

Nach meinem Strafbegriff ist die Untersagung der Berufsausübung also keine sichernde Massnahme, sondern Strafe. Alle rein sichernden Masssnahmen gehören nicht ins Strafgesetzbuch! Das Strafrecht dient auch wohl der Verbrechensbekämpfung und der Verbrechensverhütung, aber es ist nur ein in sich abgeschlossener Kampfabschnitt. Das Strafrecht interessiert sich für einen Verbrecher erst dann, wenn er eine rechtswidrige, schuldhafte, mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Der "Wille zur Tat" kann nicht bestraft werden, da die verschiedensten Hemmungsvorstellungen dem Täter trotz vorhandenem "Willen zur Tat" von der Begehung der Tat abhalten können. So muss der Grundsatz auch heute noch gelten: "Der Wille ist solange straflos, als er sich nicht in eine verbrecherische Tat umgesetzt hat" (Gleispach S.41 in "Veruntreuung von vertretbaren Sachen"-Berlin 1905). Der Staat kann natürlich die Hemmungsvorstellungen stärken helfen. So wird z.B. ein Berufsverbot sehr wohl als "sichernde Massnahme" in Frage kommen können, ohne dass eine "Tat" bereits vorliegt; aber nicht als "Strafe", sondern zugehörig zum "ersten Kampfabschnitt", der viel wichtiger ist als der zweite, nämlich Verhütung des Erstlingsverbrechens! Und die "Verhütung des Erstlingsverbrechens ist noch weit wichtiger als die Verhütung des Rückfalls" (Exner S.233). So muss man m.E. zweierlei Arten von Berufsverboten unterscheiden: 1. die Untersagung aus gewerbepolizeilichen Gründen (sichernde Massnahme), 2. die Untersagung aus strafrechtlichen Gründen ("Strafe").

Was die erste Möglichkeit anlangt, so ist es ja schon nach bisheriger Rechtsprechung (s.Kitzinger S.108/9) möglich gewesen, den § 10 II 17 ALR als Rechtsgrundlage für die gewerbepolizeiliche Untersagung der Berufsausübung zu verwenden. Die Polizei ist "grundsätzlich berechtigt, über die Gewerbeordnung hinausgehend (s.unten §§ 17 c und 19) und trotz des dort aufgestellten Grundsatzes der Gewerbefreiheit (s.unten § 17 a) einen Gewerbebetrieb, der nach der GewO keiner Genehmigungspflicht unterliegt, zu untersagen, wenn aus ihm Gefahren im Sinne des § 10 II 17 ALR entstehen" (Kitzinger S.108). Nach § 10 II 17 ALR ist es ja gerade "das Amt der Polizei", "die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen". Insoweit § 10 II 17 seinem Sinne nach in die heutigen Landesgesetze übernommen worden ist (z.B. § 14 Preuss.PVG) oder aber, falls nicht, so doch unbestritten gewohnheitsrechtlich (z.B. in Mecklenburg) gültig ist, kann er als Rechtsgrundlage der allgemeinen gewerbepolizeilichen und damit sichernden Untersagung der Berufsausübung im weitesten Sinne dienen.

Die Untersagung der Berufsausübung aus strafrechtlichen Gründen kann nur erfolgen, wenn ein Verbrechen i.w.S. vorliegt, und zwar kann sie sehr wohl nicht nur als Nebenstrafe, sondern auch als H a u p t s t r a f e dienen. Hat sich in der Verhandlung ergeben, dass sie äusseren Bedingungen der Tat lediglich in der Ausübung des "missbrauchten" Berufes usw. zu suchen sind, dann kann die Untersagung der Berufsausübung, abgestuft nach der Schwere der Tat (Vergeltung!) und der bewiesenen Gefährlichkeit des Täters (Zweck) von einem Jahr bis lebenslänglich untersagt werden. Ist das Berufsverbot doch auch vom Standpunkt der Vergeltung aus hervorragend

dazu geeignet, einer gerechten Vergeltung zu dienen. "Gerecht" insofern, als der Täter gerade in dem Interesse getroffen wird, "bei dessen Wahrnehmung er die Verfehlung begangen hat"; so besteht "zwischen dem Strafübel und der Straftat ein enger Zusammenhang" (v.Weber S.62). Denn ein "Übel" ist das Berufsverbot unbedingt, und das wird auch wohl von niemanden geleugnet werden. Kunz schreibt sogar (S.35): "Unzweifelhaft wird in den meisten Fällen der Entzug der Gewerbe- oder Berufsberechtigung sowohl von dem Bestraften selbst wie auch von Dritten, schwerer und härter empfunden" werden, als eine Freiheitsstrafe; und weiter: "Den alten Gedanken der Vergeltung und noch schärfer den der "Talion", finden wir neu auferstanden darin, dass, wie im Sprichwort "Auge um Auge, Zahn um Zahn", der Täter gerade an dem Orte getroffen wird, wo er gefehlt hat, nämlich im missbrauchten Beruf oder Gewerbe."

Hat der Täter dagegen nur g e l e g e n t l i c h der Ausübung seines Berufs usw. ein Verbrechen begangen, dann dürfte eine angemessene Freiheitsstrafe und daneben das Berufsverbot als N e b e n s t r a f e am Platze sein, wobei die Verhängung der Freiheitsstrafe und des Berufsverbotes sich gegenseitig ergänzen müssen im Hinblick auf gerechte Vergeltung und den erwünschten Zweck!

II. Kapitel

§ 42 l StGB

Erster Abschnitt

§ 42 l StGB und das Gesetz vom 24.XI.1933

§ 8

Das Gesetz vom 24.XI.1933

a) Geschichte des Gesetzes

Die Untersagung der Berufsausübung ist als § 42 l in das deutsche Strafgesetzbuch durch das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung vom 24.Nov. 1933" in Art.2 eingeführt worden. Zum Verständnis des in § 42 l und seiner Stellung innerhalb des deutschen Strafrechts erscheint es mir notwendig, kurz auf das Gesetz vom 24.XI.33 einzugehen.

Das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung vom 24.November 1933" ist das erste grosse strafrechtliche Reformgesetz des nationalsozialistischen Deutschlands. Damit hat die Regierung eine der wichtigsten Aufgaben, die der Neugestaltung des deutschen Rechtes gestellt sind, nämlich die Reform des Strafrechtes, in Angriff genommen. Wie wir oben gesehen haben, ist die Reform des Strafrechtes nicht ein ganz modernes Problem und Fordern. Bereits v.Liszt hatte vor einem guten halben Jahrhundert wirksame gesetzliche Kampfmittel gegen das dis-

positionelle Verbrechertum gefordert. Aber sein Ruf verhallte vergebens. Der "Stoossche Entwurf 93" hatte dann den praktischen Weg gewiesen, wie diese Forderungen legislativ zu verwirklichen wären. Der deutsche Entwurf 1909 und sein Gegenentwurf 1911 haben versucht, diese Gedanken für das deutsche Strafrecht zu verwerten. Die Jahresversammlungen der IKV befassten sich immer wieder mit der Frage der Bekämpfung der "gefährlichen Gewohnheitsverbrecher" und der Herausschälung der einzelnen zweckmässigsten Methoden (vgl. Finger GS Bd.104 S.176/7); aber alles war vergeblich geblieben. Die Versuche der Regierung und des Reichstages seit 1919 mussten ergebnislos verlaufen, weil der grosse einheitliche Gedanke der Reform zerredet und zerstückelt wurde. Ich glaube nicht, dass, wäre die Nationalsozialistische Revolution nicht gekommen, wir in absehbarer Zeit mit einer energischen Reform des deutschen Strafrechts hätten rechnen dürfen. In dem Wesen des Deutschen Reichstages lag es leider begründet, dass eine wirklich positive Arbeit im Hinblick auf das Ganze nicht geleistet werden konnte. Die gesunden Gedanken v.Liszts und seiner Schule wurden in den Hintergrund gedrängt und eine immer weitergehende Individualisierung wurde auf dem Gebiet des Strafensystems gefordert und zwar meist nach der Seite der Milde hin. "Man sah nur die"Sonnenseite" der neuen Bestrebungen, nicht ihre Kehrseite" (Exner ZStW 53.Bd. S. 629)."So wurde aus einem zusammengehörigen Ganzen von Reformvorschlägen einseitig nur die eine Hälfte verwirklicht, und zugleich artete dabei wohlbegründete Humanität in Schwäche aus" (v.Hippel, Bl.f.Gefkde. 65.Jg. S. 1). Das Ergebnis des Mangels an einem einheitlichen System und Willen und die laue Bekämpfung des Verbrechertums bedeutete einen Verstoss gegen die Anforderung gerechter Vergeltung und ausreichender Verbrechensbekämpfung. Eine bedrohliche Gefährdung der Rechtssicherheit und eine erheblich gesteigerte Kriminalität war der praktische Erfolg.

Da hat die nationalsozialistische Regierung zugepackt und aus einheitlichem Willen heraus die Reform des Strafrechts in Angriff genommen. Um aber das Ziel zu erreichen, ein Strafgesetzbuch von Dauer zu schaffen, "das auf viele Jahre hinaus auf möglichst vollkommene Weise dem deutschen Volke dienen soll, bedarf es einer gewissen Zeit..... Die Bedürfnisse des Rechtslebens erfordern es aber, dass besonders dringlichen Reformwünschen alsbald entsprochen wird." So ist das Gesetz vom 24.November 1933 dazu bestimmt, "fühlbare Lücken des geltenden Rechts zu schliessen und vordringlichen Forderungen auf Schaffung gesetzlicher Grundlagen für eine wirksame Verbrechensbekämpfung nachzukommen, deren Erfüllung bis zum Inkrafttreten des neuen deutschen Strafgesetzbuches nicht mehr hinausgeschoben werden kann," (Amtl.Begr.).

b) Aufbau des Gesetzes

Das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung" ist in Wahrheit eine Verkoppelung von zwei Gesetzen; nämlich des Gesetzes, das die Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher vorsieht und diese schon bestrafen will, wenn sie lediglich im Besitz von Diebeswerkzeugen sind, und des Gesetzes, das sich mit dem Schutz der Gemeinschaft vor den gefährlichen Gewohnheitsverbrechern durch Verhängung von "Massregeln der Sicherung und Besserung" befasst. Der innere Zusammenhang ist aber dadurch hergestellt, dass es sich bei beiden "Gesetzen" um Bekämpfung des "gefährlichen Gewohnheitsverbrechers"

handelt; denn eine Massregel der "Sicherung und Besserung" über einen "Ungefährlichen" zu verhängen, wäre sinnlos und derartig einschneidende Massnahmen gegen Nicht-Gewohnheitsverbrecher zu ergreifen, entbehrte der moralischen Begründung. So kommt der innere Zusammenhang dadurch zum Ausdruck, dass e i n Gesetz geschaffen wurde; die äussere Verschiedenheit dadurch, dass die "Strafschärfung für gewöhnliche Gewohnheitsverbrecher" und der "Besitz von Diebeswerkzeug" im Art. 1 des Gesetzes "als, Ergänzung' des Strafgesetzbuches" (Ktr. S. 37) und die "Massregeln der Sicherung und Besserung" in Art. 2 des Gesetzes geregelt sind. Im Art. 3 sind dann die Vorschriften zusammengestellt, deren Schaffung dadurch bedingt wurde, um das bisherige, noch geltende Recht mit den in das Strafgetzbuch neu eingeführten Massregeln der Sicherung und Besserung in Einklang zu bringen und aufeinander abzustimmen. Eine Reihe von Gesetzen ausserhalb des StGB musste dem "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung" ebenfalls angepasst werden. Das dazugehörige "Ausführungsgesetz vom 24.Nov. 1933" (RGBl. I S.1000) stellt die Änderungen zusammen. Sie betreffen die Strafprozessordnung, das Gerichtsverfassungsgesetz, das Jugendgerichtsgesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz, die beiden Entschädigungsgesetze, das Straftilgungsgesetz, das Gerichtskostengesetz, die Sozialversicherungsgesetze, das Reichsversorgungsgesetz und das Gesetz über die Unfallfürsorge für Gefangene (näheres s.Ktr. S.232/342).

§ 9

Würdigung des Gesetzes und "Zweispurigkeit".

a) Würdigung des Gesetzes

Die Autorität des Staates gegenüber dem Rechtsbrecher wird durch das Gesetz vom 24.XI.1933 erheblich gehoben und die Strafrechtspflege erhält nunmehr stärkere und schärfere, daher wirksamere Waffen für die Bekämpfung des gemeingefährlichen Verbrechertums zur Verfügung gestellt. Muss doch ein Staat in erster Linie in der Strafrechtspflege sein Augenmerk gerade den "gefährlichen Gewohnheitsverbrechern", die meist Berufsverbrecher sind, zuwenden. Dies sind die eigentlichen "Verbrecher", und vor denen muss der Staat sich vor allem schützen. Man kann einen starken Staat geradezu daran erkennen, wie er das in ihm hausende Gewohnheits- und Berufsverbrechertum bekämpft. Es ist jedoch wichtig, dass nur die wirklich Gefährlichen den verschärften Bestimmungen und den Sicherungsmassregeln unterliegen und ein Unterschied gemacht wird zwischen der "Paria"-Bevölkerung, die einen nicht unerheblichen Prozentsatz der Gesamtbevölkerung stets ausmachen wird und m.E. einen integrierenden Bestandteil eines jeden "funktionierenden" Staate bildet, und den "schweren Jungs", die die"Verbrecher" in der Volksanschauung sind.

So kann eine eigentliche "Würdigung" des Gesetzes erst dann erfolgen, wenn man die praktische Handhabung eine längere Zeit hindurch beobachtet hat. Alles Formalistische in der Anwendung des Gesetzes muss auf jeden Fall vermieden werden. Die Massregeln der Sicherung und Besserung sind in der Vollstreckung zum überwiegenden Teil ausserordentlich teuer. So ist auch aus diesem Gesichtspunkt heraus die Anwendung der vorgesehenen Massregeln sehr vorsichtig zu handhaben und die einzelnen Massregeln nur dann zu verhängen, wenn sie wirklich

unbedingt notwendig erscheinen und zwar in dem gerade vorliegenden Einzelfall bei Berücksichtigung aller Umstände, vor allem aber der inneren.

Das Gesetz an sich ist vorzüglich geeignet, dem Verbrechertum wirksam und gerecht zu begegnen. Wird aber die Praxis sich dieser "vielfach ganz neuen und neuartigen, nicht immer leicht zu handhabenden Schutz- und Trutzwaffe des Strafrechts" (Ktr. S.3,4) richtig, d.h. dem Willen des Gesetzgebers entsprechend handhaben? Die Praxis hat aber m.E. in der kurzen Zeit seit dem Inkrafttreten des Gesetzes (Art. 4 d.Ges: " § 245 a des Strafgesetzbuches tritt mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in Kraft. Im übrigen tritt das Gesetz am 1. Januar 1934 in Kraft".) schon gezeigt, dass gewisse Gefahren einer unrichtigen Anwendung bestehen. Man wird sich davor hüten müssen, dass man das Gesetz mechanisch anwendet, wenn die äusseren Voraussetzungen vorliegen, und man muss das Hauptgewicht auf die innere Einstellung des Täters **auf die s y m p t o m a t i s c h e T a t legen. Allerdings muss die Praxis sich erst einmal auf ein derartig einschneidendes neues Gesetz um-und einstellen.**

b) Zweispurigkeit des Gesetzes

Der Artikel 2 des Gesetzes befasst sich, wie der Kommentar (S.37) es ausdrückt, mit dem "Kernstück des Gesetzes", den neuen "Massregeln der Sicherung und Besserung", die ihrer Bedeutung entsprechend als besonderer, in sich geschlossener 1 a Abschnitt in das StGB eingefügt sind. Um dieses Kernstückes des Hauptgesetzes willen sind fast alle übrigen Teile des Hauptgesetzes wie auch das ganze Ausführungsgesetz erlassen worden (s. Ktr. S.111 Anm.1). Das Gesetz hat sich mit der Einführung der "Massregeln der Sicherung und Besserung", was das gegenseitige Verhältnis von Strafe und sichernden Massregeln anlangt, für das System der sog. "Z w e i s p u r i g k e i t", also für einen Dualismus der zu treffenden Massnahmen entschieden. Damit ist ein langer Kampf beendet worden. Von Anbeginn der Entstehung der Gedanken über die sichernden Massnahmen bis zum Erlass des Gesetzes kämpfte man um diese Zweispurigkeit und in deren Folge um das sog. "Vikariieren", d.h. des Ersatzes der Strafe durch sichernde Massnahmen, das die "moderne Schule" verfocht und v. Liszt selbst wollte ja auch die bisherige Vergeltungsstrafe generell ersetzt wissen durch seine einspurige "Sicherungsstrafe". Zum Gegensatz der "Zweispurigkeit" bezeichnete man die Bekämpfung des Verbrechens auf Grund einer verbrecherischen schuldhaften Handlung durch eine Einheit von strafrechtlichen Massnahmen, eben der Strafe, als "E i n s p u r i g k e i t". So hat sich die"Denkschrift grundsätzlich - mit alleiniger Ausnahme bei den wegen Unzurechnungsfähigkeit Freigesprochenen (s. nunmehr § 42 b StGB) - zum System der Einspurigkeit bekannt (vgl. Denkschrift S.138/39). Auf S. 138 steht zu lesen: "Zweck des Strafrechts im nationalsozialistischen Staate ist der Schutz der Volkgemeinschaft gegen solche Elemente, die sich den Gesetzen nicht fügen. Der Staat reagiert gegen das Verhalten dieser Volksgenossen grundsätzlich durch Verhängung von Strafen!"

Hat das Gesetz die "Zweispurigkeit" gebracht, so hat es doch das Vikariieren abgelehnt und damit scharf getrennt zwischen dem Sühnebedürfnis, das nach wie vor in der Vergeltungsstrafe seinen Ausdruck finden soll, und dem Sicherungsbedürfnis, das in dem "Massregeln der Sicherung und Besserung" seinen Niederschlag gefunden hat

§ 10

§ 42 a und § 42 l StGB

a) § 42 a StGB

Gegenüber dem Entwurf 27 zeigt das Gesetz vom 24. November 1933 hinsichtlich der "Massregeln der Besserung und Sicherung" eine Veränderung. Bereits die Überschrift über den die sichernden Massnahmen behandelnden Abschnitt ist geändert worden. Hatte man bisher immer von den"Massregeln der Besserung und Sicherung" gesprochen, so hat sich das Gesetz davon abgewandt und in der Bezeichnung der Massregeln die Sicherung vor die Besserung gestellt. Damit soll, entsprechend den Grundgedanken des neuen Staates, zum Ausdruck gebracht werden, dass "der Sicherung der Volksgesamtheit der Vorrang vor den Belangen des einzelnen und vor allem vor den Belangen des Rechtsbrechers zukommt." (Ktr. S.lll Anm. 1).

Abgesehen von dieser Äusserlichkeit entspricht aber auch die Anordnung der Massregeln in der Reihenfolge im Gesetz mehr als bisher dem sachlichen Inhalt der Massregeln. So stellt nach Ktr. (a.a.O.) die Sicherung der einzelnen Massnahmen (Entmannung, Untersagung der Berufsausübung und Reichsverweisung; die letzten drei aufgeführten "Massregeln der Sicherung und Besserung") den ausschliesslichen, "bei den meisten übrigen den weitaus überwiegenden Zweck dar" (Ktr. a.a.O.).

Gegenüber den im Entwurf 1927 vorgeschlagenen Massnahmen hat das Gesetz vom 24.November 1933 neu gebracht: die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher und die Untersagung der Berufsausübung.Fallen gelassen hat es dagegen die "Schutzaufsicht", die lediglich bei bedingter Aussetzung bei Einweisung in eine Anstalt angeordnet werden sollte; da aber die bedingte Aussetzung einer Massregel der Sicherung und Besserung im Gesetz vom 24. November 1933 nur zum Teil behandelt ist, ist die Schutzaufsicht in § 42 a nicht genannt. (Vgl. Amtl. Begr. zu § 42 a). Die einzelnen ins deutsche Strafgesetzbuch im § 42 a aufgezählten eingeführten "Massregeln der Sicherung und Besserung" sind somit:

1. die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt,
2. die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt,
3. die Unterbringung in einem Arbeitshaus,
4. die Sicherungsverwahrung,
5. die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher,
6. die Untersagung der Berufsausübung,
7. die Reichsverweisung.

b) § 42 1 StGB

Die "Untersagung der Berufsausübung" behandelt der § 42 1:

"Wird jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das er unter Missbrauch seines Berufes oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufes oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen hat, zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt, so kann ihm das Gericht zugleich auf die Dauer von mindestens einem und höchstens fünf Jahren die Ausübung des Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagen, wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen.

Solange die Untersagung wirksam ist, darf der Verurteilte den Beruf, das Gewerbe oder den Gewerbezweig auch nicht für einen anderen ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben lassen."

Wichtig ist, dass das Berufsverbot nicht als Nebenstrafe, sondern als "Massregel der Sicherung" in das deutsche StGB eingeführt worden ist, dass das Verbot auch bei denjenigen Berufen und Gewerben zugelassen ist, die an keine besondere Erlaubnis oder Zulassung gebunden sind, sich also auch auf die sog. "freien" Gewerbe bezieht, und dass, solange die Untersagung wirksam ist, der Verurteilte den Beruf, das Gewerbe oder den Gewerbezweig auch nicht für einen anderen ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben lassen darf. (Vgl. § 145 c; unten § 13).

Zweiter Abschnitt

§ 42 1 StGB

§ 11

Voraussetzungen der Untersagung

Das Gesetz knüpft die Zulässigkeit der Untersagung der Berufsausübung an drei Voraussetzungen:

1. Das Verbrechen oder Vergehen muss "unter Missbrauch des Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der kraft des Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen" sein.

2. Der Betroffene muss wegen der Tat "zu Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten verurteilt" werden.

3. Die Massregel muss erforderlich sein, "um die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung zu schützen".

a) Missbrauch oder Pflichtverletzung

Das Gesetz stellt eine a l t e r n a t i v e Voraussetzung auf mit der Folge, dass der § 42 1 zur Anwendung gelangt, wenn der Täter ein Verbrechen oder Vergehen entweder unter Missbrauch seines

Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen hat. Unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes handelt der Täter, wenn er "unter bewusster Missachtung der ihm innerhalb der Volksgemeinschaft gestellten Aufgaben seinen Beruf oder sein Gewerbe dazu ausnützt, einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen" (Ktr. S.155 Anm.4). Der vorausgesetzte Gedanke ist dabei, dass die Rechtsordnung die ethische Pflicht erhebt, dass derjenige, der ihm eigene Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, diese im Sinn des Gemeinwohls zu verwenden hat (vgl. Finger G.S. Bd. 104 S.217). Wer diese Pflicht verletzt, wer eine durch den Beruf oder durch das Gewerbe gebotene Gelegenheit zur Begehung einer strafbaren Handlung ausnützt (vgl. v. Weber S.65), missbraucht die ihm von der Rechtsordnung gewährte Freiheit oder Erlaubnis, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben;und verwirkt sie damit (Amtl. Begr.). Allerdings verlangt der Missbrauch im Sinne des § 42 1 Vorsatz. Ein Missbrauch des Berufs bzw. Gewerbes wird z.B. (s.Ktr. S.155 Anm. 4) darin erblickt werden können, wenn der Arzt oder die Hebamme unerlaubte Abtreibungen oder Sterilisationen vornimmt; der Buchhändler illegale oder unzüchtige Schriften verbreitet oder der Rechtsanwalt als Verteidiger den Verbrecher durch unlautere Machenschaften der verdienten Strafe entzieht.

Dagegen ist eine Tat unter grober Verletzung der dem Täter kraft seines Berufes oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen, wenn der Täter durch die Tat den Pflichten gröblichst zuwiderhandelt, "die ihm für die Ausübung seines Berufs oder Gewerbes durch Gesetz, Vertrag oder öffentlichrechtliche Anstellungsverfügung auferlegt sind" (Ktr. S.155 Anm. 5). Zu den Pflichten, die jemandem kraft seines Berufs oder Gewerbes auf Grund gesetzlicher Vorschriften obliegen, gehören auch die Pflichten, die das Gesetz unmittelbar an die Ausübung bestimmter Berufe oder Gewerbe knüpft. Doch können auch Pflichten, die jedermann kraft Gesetzes obliegen, durch besondere vertragliche Verpflichtungen zu ihrer Erfüllung zu vertraglichen Berufspflichten werden. Vertraglich übernommene Pflichten verletzt z.B. (Ktr. S.156 Anm.5) der Angestellte, der sich der Untreue gegenüber seinem Arbeitgeber schuldig macht, und der Kaufmann, der seine Kunden betrügt. Zu den gesetzlichen Pflichten sind (Ktr. a.a.O.) die gesetzlichen Schweigepflichten über Geheimnisse, die jemand infolge Ausübung eines Berufs erfahren hat, wie die Schweigepflichten des Arztes (§ 300 StGB) und die im § 17 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb begründeten Pflichten des Angestellten, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht zu verraten,zu zählen. Gesetzlich begründete Pflichten obliegen jemanden aber auch dann kraft seines Berufs oder Gewerbes, wenn das Gesetz die Pflichten nicht an den Tatbestand der Ausübung eines bestimmten Berufes knüpft, die Pflichten sich jedoch auf ein Verhalten beziehen, das der Täter zu seinem Beruf oder seinem Gewerbe gemacht hat oder aber kraft Gesetzes jedem obliegen,der diesen Beruf tatsächlich ausübt. So gehört z.B. (Ktr. a.a.O.) die Darlehnshingabe zu dem Gewerbe eines Bankiers, und kraft seines Gewerbes liegt es diesem ob, für das Darlehen keine Wucherzinsen zu fordern. Hingegen gehören gesetzliche Pflichten allgemeiner Art nicht hierher. So wird (s.Pfundtner, Ktr. II o 10 S.22 Anm.4) einem Bäckermeister, der seine Waren mit einem Kraftfahrzeug seinen Kunden hinbringt und dabei sich als rücksichtsloser Fahrer zeigt, sein Gewerbe nicht nach § 42 1 zu verbieten sein, da die Pflicht, beim Führen eines Kraftfahrzeuges auf die Fussgänger Rücksicht zu nehmen jeden anderen Kraftfahrzeugführer auch trifft und keine "kraft seines Berufs oder Gewerbes obliegende Pflicht" darstellt.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (s.Ktr. S.156 Anm. 5), die solche Fälle als Verletzung der Berufs- oder Gewerbepflichten nach § 222 Abs. 2 und § 230 Abs. 2 StGB ansieht, ist so nur sehr mit Vorbehalt verwendbar.

b) Verurteilung zu drei Monaten Freiheitsstrafe

Derjenige, dessen Beruf ihm nach § 42 1 untersagt werden soll, muss wegen der Tat, die er unter Erfüllung der in a) aufgezeigten Voraussetzungen begangen hat, zu einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt werden. Untersohiedlich von den Voraussetzungen unter a) ist es unbeachtlich, ob der Täter die Tat, wenn sie ein Vergehen ist (ein Verbrechen kann ja nur vorsätzlich begangen werden), vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat. Es reicht auch aus (s.Ktr. S.155 Anm.3b), dass der Betroffene lediglich wegen strafbaren Versuchs oder wegen Teilnahme verurteilt wird. Es ist auch gleichgültig, ob der Täter wegen nur e i n e s Verbrechens oder Vergehens oder wegen mehrerer Verbrechen oder Vergehen der in Abs.1 des § 42 1 bezeichneten Art verurteilt wird und die Gesamtstrafe mindestens drei Monate beträgt. Ist nur ein Teil der in die Gesamtstrafe einbezogenen Verbrechen oder Vergehen unter den sonstig geforderten Voraussetzungen des § 42 1 begangen, so kann auf das Verbot demnach erkannt werden, dem Grundsatz des § 76 StGB folgend, "wenn die wegen der einschlägigen Handlungen festgesetzten Einsatzstrafen zusammengerechnet drei Monate erreichen" (Ktr. S.155 Anm.3b). Es muss aber unbedingt eine Freiheitsstrafe von drei Monaten ausgesprochen sein; eine eigentliche "Verwirkung" genügt hier nicht. Lässt z.B. eine Strafvorschrift wie etwa § 248 StGB (Notentwendung) wahlweise Geldstrafe oder Gefängnis zu und hat nach Ansicht des Antragstellers (Antragsdelikt!) und auch des Volkes der Täter eine Gefängnisstrafe "verwirkt", dieser aber einen milden Richter gefunden, der ihn nur mit Geldstrafe bestraft, so kann § 42 1 dennoch keine Anwendung finden (vgl. hierzu Baup. Mitt. S. 72 unter b).

c) Schutz der Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung

In dem Erfordernis des Schutzes der Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung des Betroffenen kommt der Charakter der strafgerichtlichen Untersagung der Berufsausübung als einer Massregel der Sicherung klar zum Ausdruck (s. Ktr. S.156 Anm.6). Das Berufsverbot soll nach § 42 1 nicht Strafe, sondern eine reine sichernde Massnahme sein, die lediglich die Aufgabe hat, die Begehung künftiger Verbrechen durch Milieuveränderung des verbrecherisch Gefährdeten zu verhüten. Der Betroffene muss also erstens verbrecherische Neigungen besitzen und zweitens einen Beruf ausüben, der diesen Neigungen förderlich ist, und drittens eine solch geringe moralische Widerstandskraft besitzen, dass nach Lage der Verhältnisse die Gefahr der Wiederholung der Tat, anlässlich der die Berufsausübung untersagt wird, begründet erscheint und dass dadurch eine "Gefährdung der Allgemeinheit" bedingt ist (vgl. Finger, GS Bd.104 S. 218). Stets muss die Gemeinschaft bedroht sein. Daher darf das Berufsverbot nicht ausgesprochen werden, wenn es nicht dem Schutz der Allgemeinheit, sondern nur dem Schutze bestimmter Einzelpersonen dienen würde (vgl. Ktr. S.157 Anm.6). Die Abgrenzung liegt etwa da, wo der einzelne aufhört, "Mitglied des publici" (§ 10 II 17 ALR) zu sein und er durch die zu erwartende Tat des Betroffenen nicht in seiner reinen Privat-

sphäre getroffen wird, z.B. (Ktr. a.a.O.) in seiner wirtschaftlichen Lage als Konkurrent des Täters, sondern als ein Träger der Gemeinschaft, als ein Repräsentant der Allgemeinheit. Nicht der einzelne, sondern die Gemeinschaft soll, wie Exner sich ausdrückt (Z.St.W. 53 Bd. S. 632), "vor dem Wirksamwerden vorhandener Verbrecherdispositionen" geschützt werden, indem man das Individuum in Bedingungen versetzt, in denen sein gefährlicher Zustand Verbrechen nicht auszulösen vermag".

Aus dem Charakter des Berufsverbotes als einer sichernden Massnahme folgt, dass die Untersagung nach § 42 1 nur dann erfolgen darf, wenn sonstige Massnahmen zu diesem Zweck nicht ausreichen (s.Amtl. Begr.); wenn also die "weitere Gefährdung der Allgemeinheit nicht durch Massnahmen anderer Art, nicht nur strafrechtlichen, beseitigt werden kann. § 42 1 soll nur dann zur Anwendung gelangen, wenn nicht polizeiliche, speziell gewerbepolizeiliche Berufsverbote, Entziehungen von Zulassungsscheinen, Befähigungsnachweisen, Zurücknahme von Approbationen u.dgl. (s.u. § 17b und § 19) oder aber Disziplinarstrafen und hier wieder die schärfsten: Untersagung der Berufsausübung, Entfernung aus dem Amt usw., zum gleichen Ziele führen.(Über das Verhältnis des § 42 1 zu diesen Spezialgesetzen s. unter § 18 und § 19). In den modernen Gesetzen ist das starke Anwachsen gerade des Verbotes und der Verbietbarkeit von Gewerbebetrieben als besonders einschneidende Neuerung zu bemerken (s. Nachtrag S.28/29; auch unten § 17 c).

§ 12

Wirksamkeit der Untersagung

a) Dauer

Die Massregel der Untersagung der Berufsausübung ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine sichernde Massnahme. Die Gemeinschaft weiss sich nicht anders zu helfen, als den verbrecherisch Gefährdeten und dadurch Gefährlichen seine rein äusserlichen Möglichkeiten zur Begehung des Verbrechens zu entziehen und sich vor ihm in primitivster Form zu sichern. Dass aber die Massnahme des § 42 1 neben dieser Bestimmung als sichernder Massnahme auch Elemente der Massregel der Besserung in sich birgt, zeigt die zeitliche Befristung der Untersagung der Berufsausübung auf. Der Gesetzgeber geht also von der Voraussetzung aus, dass der Gefährdete durch rigorose Veränderung seiner Berufsverhältnisse, durch die grösstmögliche Vernichtung der technischen Verbrechensbedingungen seine volle moralische Widerstandskraft wiedererhält, so dass er nach Ablauf einer gewissen Zeit ungefährlich wird, d.h. gibt man dem Betroffenen die äusseren Bedingungen zur Verbrechenbegehung, seinen ihm "gefährlichen" Beruf, wieder zurück, die inneren Bedingungen nicht oder in nur verschwindendem Masse vorhanden sind, dass eine Rückfallstat nicht mehr zu erwarten ist und somit der zur Zeit der Strafverhängung für die Allgemeinheit "Gefährliche" wieder ein "ungefährdendes", gesetzmässiges Leben führt. Der nach § 42 1 Betroffene muss demnach besserungsfähig sein, und der Gesetzgeber hält eine Besserung in spätestens fünf Jahren nach Beginn des Fristlaufes für erfolgt. Durch die Festlegung des Berufsverbotes auf eine Dauer von mindestens einem und höchstens fünf Jahren ist ein dem Strafrahmen des StGB analoger gesetzlicher Sicherungsrahmen geschaffen worden,

innerhalb dessen Grenzen das Gericht im Urteil, wie das bei der Freiheitsstrafe geschieht, die Dauer bemisst, für welche die Ausübung des Berufs oder Gewerbes dem Betroffenen untersagt wird, (vgl. Exner Z. St. W. Bd. 53 S. 644), damit ein Votum abgibt, wie lange die Gefährdung der Allgemeinheit durch den Täter wahrscheinlich andauern wird, der Gefährdende sich gebessert haben wird und daher diese Sicherungsmassnahme nötig ist; denn sich gegen einen Ungefährlichen sichern zu wollen, wäre eine contradictio in adiecto.

Die Frist, für die das Berufsverbot wirksam ist, ist nach § 36 Abs. 1 StGB zu berechnen (s. § 42 l Abs.3 Satz 1). Danach wird das Berufsverbot zwar mit der Rechtskraft des Urteils wirksam; die Frist beginnt aber erst nach Verbüssung, Verjährung oder Erlass der neben dem Berufsverbot ausgesprochenen Freiheitsstrafe (oder nach der Erledigung einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Massregel der Sicherung und Besserung) zu laufen. (Einzelheiten siehe bei § 36 u. Ktr. S.168 ff). Das Gericht und die Vollstreckungsbehörde können nach § 456 d StPO das Inkrafttreten des Berufsverbotes aus wichtigen Gründen für einige Zeit aussetzen (§ 456 d Abs. 2) oder aufschieben (§ 456 d Abs. 1). (S. unten § 16 b). Ist die b e d i n g t e A u s s e t z u n g erfolgt, so wird die Probezeit auf die Frist angerechnet, gleichgültig, ob die bedingte Aussetzung später widerrufen wird oder nicht (s. § 42 l Abs. 3 Satz 2). Der Grund dafür ist, dass ja auch im Falle des Widerrufs das Verbot während des abgelaufenen Teils der Probezeit wirksam gewesen ist (vgl. Ktr. S.158 Anm. 9). Hingegen wird die Zeit, in der das Berufsverbot selbst aufgeschoben oder ausgesetzt war, nach § 456 g Abs.4 StPO, natürlich nicht auf die für die Untersagung der Berufsausübung festgesetzte Frist angerechnet (Einzelheiten s. unten § 16 b).

b) Umfang

Das Gericht kann dem Betroffenen die Ausübung des "Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges" untersagen. Was ist "Beruf, Gewerbe oder Gewerbezweig" im Sinn des § 42 l Abs. 1? Eine genaue, allgemeingültige Definition vermochte der Gesetzgeber natürlich nicht zu geben und musste sich somit auf diese allgemeine Normierung beschränken. Da es aber für die Tragweite des Verbotes von ausserordentlicher Bedeutung ist, klarzustellen, wieweit das Verbot reicht und welche Tätigkeit des Betroffenen darunter fällt, ist es notwendig, den Beruf, das Gewerbe, den Gewerbezweig, der untersagt werden soll, genau abzugrenzen. Bei einigen wenigen Berufen ist ohne weiteres ersichtlich, was unter "Beruf", "Gewerbe" oder "Gewerbezweig" bei der Untersagung fällt, wie bei denjenigen, deren Tätigkeitsbereich gesetzlich umschrieben ist, z.B. (s.Ktr. S.158 Anm. 10) beim Rechtsanwalt, Patentanwalt, Schriftleiter, Friseur und Arzt; wobei es bei Untersagung des Arztberufes schlechthin auch noch zweifehaft sein kann, was gemeint ist und wie weit sich das Verbot erstreckt; denn es kommt doch häufig vor, dass approbierte Ärzte (Dr.med.) zugleich auch approbierte Zahnärzte (Dr.med.dent.) sind und es nicht klar ersichtlich ist, bei dem allgemeinen Ausspruch "Untersagung des Arztberufes", ob damit die Tätigkeit als Dr.med. oder Dr.med.dent. oder aber beides gemeint ist. So hat der § 260 Abs. 2 StPO (Ziff.21 des AusfGes. z. Ges. v. 24.Nov.1933), um diese Unklarheiten und die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, bestimmt: "Wird auf Untersagung der Berufsausübung erkannt, so ist im Urteil der Beruf, das Gewerbe oder der Gewerbezweig, dessen Ausübung untersagt wird, genau zu bezeichnen". In Zweifelsfällen ist also der allgemeine

Ausdruck "die Ausübung des Arztberufes wird untersagt" nicht zulässig; es muss eine genaue Umgrenzung erfolgen. Lehrreich ist hier die erste praktische Anwendung des § 42 1 im Landgerichtsbezirk Rostock im Urteil vom Schwurgericht v.7.Febr. 1934, durch welches zwei Angeklagte wegen Abtreibung verurteilt wurden. In dem Urteil heisst es: "Auch werden dem Angeklagten R. auf die Dauer von fünf Jahren die Ausübung des Berufes als Naturheilkundiger und Homöopath untersagt. Dem Angeklagten Dr.St. wird auf die Dauer von zwei Jahren die Ausübung des Berufes als praktischer Arzt, nicht als Zahnarzt untersagt."

Die Abgrenzung des Verbotes hat in der Urteilsformel zu geschehen, "damit Zweifel über die Tragweite des Verbotes möglichst vermieden werden" (Ktr. S.264 Anm.3). Es ist Aufgabe des Gerichts, den Kreis der verbotenen Tätigkeit jeweils möglichst eindeutig zu bestimmen, wobei die Art der Abgrenzung des Verbotes wesentlich von der Gefahr abhängt, die durch das Berufsverbot gebannt werden soll. Soll z.B. (Ktr. a.a.O.) einem Schlachter, der wegen Gesundheitsschädigungen anderer Personen bestraft worden ist, weil er verdorbene Wurstwaren hergestellt hat, sein "Beruf" untersagt werden, so ist im Urteil genauestens abzugrenzen, was unter die Tätigkeit eines Schlachters die recht vielseitig sei kann, fallen soll; es wird (Massregeln der Sicherung!) nur die Tätigkeit untersagt werden dürfen, durch die der vom Berufsverbot betroffene Schlachter für die Allgemeinheit gefährdend ist; also hier etwa nur die eigene Herstellung, nicht aber auch der Vertrieb der aus anderen Betrieben bezogenen Wurstwaren.

Ist die Abgrenzung der untersagten Tätigkeit nicht zweifelfrei erfolgt, so findet nach § 462 StPO gegen die Entscheidung, mit der ein Berufsverbot ausgesprochen worden ist, s o f o r t i g e B e s c h w e r d e statt; ausgenommen sind allerdings die vom Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht erlassenen Entscheidungen, die unanfechtbar sind. In den sonstigen Fällen muss das Gericht erster Instanz (§ 462 StPO) die nötige Klarheit durch einen nach § 458 StPO ergehenden Beschluss herbeiführen (vgl. Ktr. S.265 Anm.3 und Finger GS Bd. 104 S.219). Die eventuell notwendig werdende Berichtigung ist nur nach Massgabe der in der Rechtsprechnung ausgebildeten gewöhnlichen Grundsätze zulässig (vgl. Ktr. a.a.O.).

o) Wirkungen

Die Wirkung des Verbotes ist, "dass der Verurteilte den Beruf, das Gewerbe, den Gewerbebetrieb" weder für sich selbst noch auch "für einen anderen ausüben" darf, und zwar weder selbst, noch auch "durch eine von seinen Weisungen abhängige Person" (§ 42 1 Abs.2). Der Grund ist darin zu suchen, dass eine U m g e h u n g d e s B e r u f s v e r b o t s unter allen Umständen verhindert werden soll; denn es ist, wie die Amtliche Begründung ausführt, gleichgültig, wer die Nutzungen aus der Tätigkeit des Verurteilten zieht. Untersagt werden soll die allgemein gefährdende Tätigkeit des Betroffenen, und diese Gefährdung würde weiter bestehen, "wenn der Täter den Beruf oder das Gewerbe nicht selbst ausüben, sondern durch andere seinem Einfluss rechtlich unterworfenen Personen für sich ausüben lassen würde", wobei es für die Frage, ob der Verurteilte den Beruf oder das Gewerbe "durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich ausüben" lässt, es völlig gleichgültig ist, ob es sich um "vorgeschobene Strohmänner" oder solche Personen han-

delt, "die in einem Abhängigkeitsverhältnis vom Täter offen den Beruf oder das Gewerbe für ihn weiterbetreiben;" sei es nun als Angestellte, Agenten oder dergl. Auch ist es einem mit dem Berufsverbot Belegten nicht gestattet, (vgl.Ktr. S.159 Anm.11), den Beruf als Gesellschafter einer Personenvereinigung auszuüben, da darin eine Umgehung des Verbotes insoweit zu sehen ist, als durch die Ausübung des Berufes nicht nur gemeinsame Angelegenheiten der Gesellschaft besorgt werden, sondern der Täter den Beruf zugleich für sich ausübt; und gerade das soll verhindert werden.

Hingegen wäre eine Umgehung nach der Amtlichen Begründung darin nicht zu erblicken, "wenn jemand, ohne von den Weisungen des Verurteilten abhängig zu sein, diesem lediglich die Ergebnisse seiner Tätigkeit zukommen lassen würde" (vgl. Ktr.a.a.O.); denn das Berufsverbot bezweckt als sichernde Massnahme ja nur die direkte oder indirekte Tätigkeit des Gemeingefährdenden zu unterbinden. Es ist Aufgabe des Richters, nachzuprüfen, ob eine indirekte Tätigkeit durch Erteilung von Weisungen vorliegt, oder nicht. Liegt kein Abhängigkeitsverhältnis (nicht nur rechtlich-wirtschaftlich, sondern auch sittlich-moralisch) vor, so wird der faktisch Tätige an der Fortführung seines Berufes nicht gehindert werden können; übt er auch einen Beruf aus, der demjenigen, dem er die Früchte seiner Arbeit zukommen lässt, untersagt ist (über die Verhinderung der Fortführung eines untersagten Betriebes s.u. § 19 c).

§ 13

Zuwiderhandlung gegen die Untersagung

a) § 145 c StGB

Mit dem Ausspruch der Untersagung eines bestimmten Berufes, Gewerbes oder Gewerbezweiges ist die Fortführung des untersagten Betriebes bzw. Berufes etc. noch nicht verhindert, die Befolgung dieses Verbotes noch nicht garantiert. So musste, wie in allen Spezialgesetzen so auch hier im StGB, die Umgehung und die Zuwiderhandlung des Berufsverbotes mit Strafe bedroht werden. Wäre keine Strafvorschrift vorgesehen, so würde das Berufsverbot in praxi bedeutungslos sein, da eine Vorschrift schlechtweg sinnlos ist, deren Befolgung nicht irgendwie erzwingbar ist, sei es durch religiösen, ethisch-moralischen oder dergleichen Zwang. Da aber der Staat bei der nun einmal vorhandenen Verderbnis der Menschheit sich auf den Erfolg ausserstaatlichen Zwanges nicht verlassen kann, muss er seinen erlassenen Vorschriften Strafschutz gewähren. So bedroht denn auch der § 145 c StGB (Art. 3 Ziff. 13 d.Ges.v.24.11.33) denjenigen mit Strafe, der einer gegen ihn durch den Strafrichter ausgesprochenen Untersagung der Berufsausübung zuwiderhandelt:

> "Wer einen Beruf oder ein Gewerbe ausübt oder ausüben lässt, solange ihm dies nach § 42 l untersagt ist, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft."

Als Täter im Sinne des § 145 c kommt also nur in Frage, wem die Ausübung seines Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges nach § 42 l gerichtlich untersagt worden ist.Ob eine Bestrafung nach § 145 c

möglich ist, richtet sich danach, wieweit das Berufsverbot seiner inhaltlichen Abgrenzung nach reicht und wie lange es zeitlich wirksam ist. Solange das Verbot nach § 456 d StPO aufgeschoben oder ausgesetzt ist, kommt eine Bestrafung nach § 145 c demnach nicht in Betracht. (Vgl. Ktr. S.201/2 Anm.2). Da die Erfüllung des Tatbestandes des § 145 c ein Vergehen ist, der Versuch eines Vergehens nach § 43 Abs.2 StGB aber nur dann strafbar ist, wenn es im Gesetz selbst ausdrücklich bestimmt wird, folgt aus dem Fehlen dieser Bestimmung in § 145 c, dass der V e r s u c h n i c h t s t r a f b a r ist. Aus dem Wortlaut und dem Zweck, sowie nach den allgemeinen strafrechtlichen Auslegungsregeln ergibt sich ferner, dass die T a t d e s § 145 c n u r v o r s ä t z l i c h begangen werden kann. Dagegen reicht aber bedingter Vorsatz aus; wohingegen die bloss fahrlässige Verfehlung nicht zu strafen ist (vgl. Ktr. S.203, Anm. 7). Der Täter macht sich aber bereits strafbar, wenn er nur einen Teil des Berufs oder Gewerbes ausübt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass im § 145 c nur der "Beruf" und das "Gewerbe" aufgeführt sind, der "Gewerbezweig" aber fortgelassen ist. (Vgl. Pfundtner Ktr. II c 10 S.34 Anm.2) Juristisch vollendet ist die Tat im Augenblick der Vornahme einer Einzelhandlung, die in den Rahmen des Verbotsumfanges fällt; aber tatsächlich beendet wird sie damit meist noch nicht sein. So wird eine ununterbrochene verbotswidrige Tätigkeit (Aneinanderreihung und Ineinanderübergreifen von Einzelhandlungen) sich rechtlich als D a u e r v e r b r e c h e n erweisen; mit der Folge, dass die Verjährung in Fällen dieser Art erst mit Abschluss der letzten Einzelhandlung zu laufen beginnt (vgl. Ktr. S.202 Anm.5).

b) 1. Alternative des § 145 c

Der äussere Tatbestand des § 145 c kann in zweierlei Weise verwirklicht werden:

1. Der Täter ü b t verbotswidrig (§42 1 Abs.1) den Beruf oder das Gewerbe selbst aus.

2. Der Täter l ä s s t verbotswidrig (§42 1 Abs.2) den Beruf oder das Gewerbe durch eine von seinen Weisungen abhängige Person für sich a u s ü b e n.

Als selbständige Ausübung des Berufs oder Gewerbes muss die Vornahme jeder Einzelhandlung oder Betätigung, die dem Täter auf Grund des gegen ihn nach § 42 1 ergangenen Berufsverbotes untersagt ist, angesehen werden. Bei der richterlichen Beurteilung, ob eine Handlung von dem Berufsverbot mitumfasst wird oder nicht, ist massgebend die in der Urteilsformel vorgenommene Abgrenzung. Stets wird die Tragweite der Untersagung aber nicht klar ersichtlich sein: dann hat der Richter nach pflichtmässigem freiem Ermessen (s.unten § 14 c) darüber zu entscheiden. Ist z.B. (vgl. Pfundtner Ktr.II c 10 S.35 Anm.2) einem Händler, der seinen Kunden die Waren durch ein Kraftfahrzeug zugeführt hat, die Ausübung seines bisherigen "Gewerbes" untersagt worden, so wird eine Übertretung des Verbotes darin nicht erblickt werden können, wenn er als Chauffeur eines anderen Händlers in derselben Branche einen Kraftwagen führt; anders dagegen, wenn er als Angestellter i.e.S. tätig wird. Sollte dem Täter mit der Untersagung der Ausübung seines Gewerbes aber auch gerade das Kraftwagenfahren verboten werden, so hätte dies im Ur-

teilstenor aufgeführt werden müssen; evtl. könnten nach § 458 StPO Zweifelfsfragen geklärt werden.

c) 2. Alternative des § 145 c (Notwendige Teilnahme)

Auch für die Abgrenzung des Verbotes für seine Tragweite in Hinsicht auf die 2. Alternative: "ausüben lässt", ist die genaue urteilsmässige Fixierung erforderlich. Gleichgültig ist dabei, in welcher Form die "von den Weisungen des Täters abhängige Person " de facto abhängt; ob es ganz offen, z.B. (vgl. Ktr. S.202 Anm.4) als Angestellter, Beauftragter, Bevollmächtigter oder dergl. geschieht, oder aber ganz versteckt, nach aussen nicht ersichtlich. Es kommt also nicht auf das Aussenverhältnis zwischen dem Täter und der abhängigen Person an, sondern auf das I n n e n v e r h ä l t n i s; sei es nach aussen hin auch noch so verschleiert.

Die Tat selbst kann aber strafrechtlich nur von demjenigen als Täter begangen werden, dem die Berufsausübung untersagt worden ist. Das gibt das Gesetz im § 145 c dadurch zu erkennen, dass es im Falle des "Ausübenlassens" nur den mit dem Berufsverbot Belegten mit Strafe bedroht; dagegen denjenigen, der den Beruf oder das Gewerbe für den Täter ausübt, straflos lässt. Die Tätigkeit des Ausübenden ist also nach den Grundsätzen der sog. "n o t w e n d i g e n T e i l n a h m e " zu beurteilen. Das "Ausübenlassen"stellt einen Tatbestand dar, der zu seiner Erfüllung die Tätigkeit eines anderen, eben des von den Weisungen des Täters abhängige Person erfordert. Soweit das Tätigsein dieser Person sich auf die notwendige Mitwirkung zur Verwirklichung des Tatbestandes des "Ausübenlassens" beschränkt, ist dieser Täter kein de iure Täter, sondern notwendiger Teilnehmer und als solcher nicht strafbar. Überschreitet aber die von den Weisungen abhängige Person den Rahmen der vom Gesetz als notwendig vorausgesetzten Teilnahmetätigkeit, so liegt insofern keine notwendige Teilnahme im juristischen Sinne mehr vor; diese Person ist dann nach den allgemeinen Grundsätzen über die Teilnahme strafbar. Ein Angestellter des Verurteilten würde also etwa (vgl. Pfundtner, Ktr. II c 10 S.35 Anm.3), wenn er diesem seine Hilfe zusagen würde, um dessen Tätigkeit der Kenntnis der Strafverfolgungsbehörde zu entziehen, nach §§ 145 c, 49 StGB als Gehilfe zu bestrafen sein. Eine eigentliche "Mittäterschaft" ist m.E. aus zwei Gründen nicht möglich. Erstens ist dem Teilnehmer die Ausübung dieses Berufes ja nicht untersagt; übt er ihn aus, so ist das keine strafbare Handlung. Es handelt sich also bei § 145 c um ein, man kann vielleicht sagen, "quasi-Amtsdelikt". Zweitens kann die Überschreitung der "notwendigen Teilnahme" sinngemäss niemals als"Mittäterschaft", sondern nur als Anstiftung und Beihilfe bestraft werden. Der notwendige Teilnehmer kann das Verbrechen niema.. allein begehen, da ihn daran das straflose Stück der "notwendigen Teilnahme" hindert. Sagt die von den Weisungen abhängige Person de vom Berufsverbot Betroffenen aber nicht nur ihre Hilfe zu, sondern überredet sie ihn dazu, sich über das Berufsverbot hinwegzusetzen und bietet ihre eigene Tätigkeit hierzu an, so wird sie, kommt es zu einer tatsächlichen Berufsausübung, denn "versuchte Anstiftung" ist straflos!, als Anstifter auf Grund der §§ 145 c, 48 StGB einer Bestrafung entgegensehen müssen. Inwieweit Gehilfen- oder Anstiftertätigkeit vorliegt, unterliegt dem freien richterlichen Ermessen (s.u. § 14 c).

Als "notwendiger Teinehmer" ist weiter nicht strafbar derjenige, mit dem der Täter, im Sinne des § 145 c, bei der verbotswidrigen Ausübung (1.Alternative) des Berufs oder des Gewerbes in geschäftliche Beziehungen tritt; es sei denn, dass diese Tätigkeit das Mass der notwendigen Teilnahme im Einzelfall überschreitet; dann wird diese Person evtl. als Anstifter oder Gehilfe strafbar sein (vgl. Ktr. S.203 Anm.8). Die amtliche Begründung erscheint mir hier (Amtl.Begr. zu § 145c) irrige Ausführungen zu machen, wenn sie schreibt: "Die Person, mit der der Verurteilte bei der verbotenen Ausübung des Berufs oder des Gewerbes in geschäftliche Beziehungen tritt, kann als sog. notwendiger Teilnehmer, nicht als Gehilfe bestraft werden". Ein n o t w e n d i g e r Teilnehmer bleibt immer straflos!; und die Überschreitung der notwendigen Teilnahme ist als "Mittätersohaft" nicht strafbar; bleibt also nur Bestrafung als Gehilfe und Anstifter übrig.

III. Kapitel

Spezielles des § 42 l und das Verhältnis des § 42 l zu Berufsuntersagungen auf anderen rechtlichen Grundlagen

Erster Absohnitt

Spezielles des § 42 l StGB

§ 14

Das "pflichtmässige Ermessen des Gerichts "

Vorbemerkung: " Das Berufsverbot ist niemals zwingend vorgeschrieben, sondern stets in das "p f l i c h t m ä s s i g e E r m e s s e n d e s G e r i c h t e s" gestellt (Ktr. S.157 Anm.8). Um diesen Satz so zu verstehen, wie er verstanden werden will, erscheint es mir notwendig, einen kurzen Rückblick auf die Entwicklung des "Richterlichen Ermessens" zu werfen; vom Rechtspositivismus, den ich der vergangenen Epoche einmal grob unterstellen will, zu den modernen Anschauungen, die einen Niedersohlag in der Anwendung der Untersagung des Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges nach § 42 l StGB gefunden haben.

a) Das Ermessen des Richters im Rechtspositivismus und nach Anschauung der Freirechtsbewegung

Die Aufgabe des Richters ist zeitlos am treffendsten dahin zu umschreiben, dass der Richter objektives Recht objektiv anzuwenden hat. Zur Durchführung dieser seiner Aufgabe bestimmt der § 1 GVG, dass der Richter "nur dem Gesetz unterworfen" sei; m.a.W. seine Entscheidungen sollen gesetzmässige sein. Drost (S.49) charakterisiert die "gesetzmässige Entscheidung" dahin, dass "sie in ihrer individuellen Artung gleichwohl die Konkretisierung einer generellen Norm enthält." Damit ist auch das Problem des richterlichen Ermessens im Kernpunkt angepackt. Der Richter hat eine generelle

Norm individuell geartet zu konkretisieren. Die richterlichen Entscheidungen müssen somit eine allgemeine Norm auf einen Einzeltatbestand bezogen verwirklicht haben. Der Richter selbst hat keine Normen zu schauen und diese zu konkretisieren; das wäre Willkür!; er hat vielmehr zu entscheiden, wie der Gesetzgeber entschieden hätte, "wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte" (Drost S.48). Ausgegangen wird dabei von der Herrschaft des Rechtspositivismus. Der Rechtspositivismus erhebt die Forderung, dass die "individuell geartete" richterliche Entscheidung möglichst genau der gesetzlich fixierten und daher gültigen abstrakten Norm entspricht. Dieses "möglichst" ist dem Ermessen des Richters anheim gegeben; nicht in dem Sinne, dass es in sein Belieben gestellt sei, w i e "möglichst genau", graphisch gesehen nahe bzw. fern, die Entscheidung dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck einer Norm, sondern unter mehreren abstrakten, generellen Normen einer davon am nächsten kommt. Das richterliche Ermessen rechtspositivistisch gesehen ist also nichts weiter als eine dem Richter vom Gesetz "eingeräumte zweckgebundene Wahlfreiheit in der Entscheidung von Rechtsfällen", hinsichtlich der Subsumierung (vgl. Drost S.51). Abgestellt ist dabei das Ermessen des Richters auf den vom Gesetz erfolgten Zweck einer Norm und zwar nicht nur hinsichtlich der Norm als solcher, sondern auch in seinen feineren Zwecken in der Wahl der Strafmittel und der Höhe der Strafe. Hiernach kann man das eingangs zitierte Axiom rechtspositivistisch dahin spezialisieren, dass der Richter die durch Gesetz staatlich sanktionierte generelle Norm dem präsumtiven (nicht präsumierten) Willen des Gesetzgebers entsprechend auf den Einzelfall anzuwenden hat. Das richterliche Ermessen ist somit im verwaltungstechnischen Sinne kein "freies Ermessen", sondern "gebundenes Ermessen" und nicht nur gebunden, sondern im weiteren Sinne besteht es überhaupt nur als "unechtes Ermessen"; denn ein eigentliches subjektives "Ermessen", eine selbständige Entscheidung des Richters, die Anspruch auf "Gesetzmässigkeit" erheben kann, gibt es im rechtspositivistischen Staate nicht. Die individuell geartete, gesetzmässige Entscheidung ist danach eine reine Präsumtiv-Entscheidung und das sog. "freie Ermessen" bezieht sich nur auf die Präsumtion des gesetzgeberischen Willens. Um dieses geringe richterliche Ermessen auf das notwendigste Mass zu beschränken, hat der Gesetzgeber bis zur Kasuistik neigende, fest umgrenzte Tatbestände geschaffen, die der Ermessensfreiheit des Richters einen möglichst geringen Spielraum überlassen. Eine Folge, nicht ein selbständiges Nebeneinander, ist dann der Grundsatz "nullum crimen sine lege", und das Verbot der Analogie, das ein Verbot der Antizipation des gesetzgeberischen Willens enthält, den der Richter nicht antizipieren, sondern nötigenfalls präsumtiv durchführen soll. Das ist rechtspositivistisches "pflichtmässiges Ermessen"! Der Richter hat lediglich als Subsumtionsmaschine gut zu funktionieren. Exner verglich einen derartigen Richter einmal mit einem Automaten, in den man oben den Tatbestand hineinwirft und unten das fertige Urteil herauskommt.

Das Gegenteil von der rechtspositivistischen Gebundenheit des Richters ist die Ungebundenheit des Richters im Sinne eines "Freirechts", d.h. eines Rechtes, das nicht durch das Gesetz allgemein, sondern erst durch den Richter im Einzelfall geschaffen wird (vgl. Kitzinger S.18 Ziff.16); allerdings nicht willkürlich, etwa bestimmt durch den Richter beeinflussende "jeweils an ihn herantretende Lust bzw. Unlustvorstellungen" (Drost S.40), sondern durch das allerdings

subjektive Bewusstsein des rechtschaffenen Richters der Übereinstimmung der angewandten Norm mit einer generellen. Im Freirecht gibt es keine Willkürhandlungen des Richter im Sinne des Rechtspositivismus. Denn hier ist es ja gerade seine dort verpönte Aufgabe, wie ich es genannt habe, Normen zu "schauen"! Die hier angewandte Norm muss der Richter durch eigene Schau finden, aber nicht geschaffen haben. Das ist freirechtliches "pflichtmässiges" Ermessen! Schafft der Richter die Norm, so wäre das Willkür! "Geschaffen" wird das durch die Konkretisierung dieser so gewonnenen Norm Recht im Einzelfall. Bezogen auf die Praxis bedeutet das eine Analogieerlaubnis schlechthin, ja ein Analogiegebot und damit eine Totalpreisgabe des Grundsatzes "nullum crimen sine lege".

b) Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Staate

Die Tendenzen zu einem "Freirecht" sind zweifellos in jüngster Zeit zu bemerken gewesen. Begründet wurden sie mit der Abkehr vom Rechtspositivismus und Neigung zur praktischen Durchführung der "ewigen Rechtsidee". So sagt Nicolai (D.R. Nr.4 S.75): "Das Recht hat in Wahrheit zwei Elemente, zwei Seiten des gleichen Wesens, nämlich erstens jedes Recht hat die Aufgabe, Ordnung zu setzen, zweitens diese Ordnung muss der ewigen Rechtsidee gerecht werden." Nicolais Rechtsbegriff ist etwa folgendermassen zu definieren (nach den S.27, 28, 34, 39 seiner "Rassengesetzlichen Rechtslehre"): "Das Recht ist eine in der Gemeinschaft des Volkes als "Volksgeist" vorhandene naturgegebene Tatsache, das den Volksgenossen angeboren und durch den rechtmässigen Staat im Gesetz formuliert ist", wobei der "Volksgeist" und die "Rechtmässigkeit" zu definieren sind als "die in der Gemeinschaft des Volkes wirksame Kraft, die sich als Rassenseele im einzelnen Artgenossen durch das Gewissen oder durch das Gefühl äussert" und "rechtmässig ist diejenige Staatsgewalt, die dem Volksgeist gemäss handelt". Die "ewige Rechtsidee", als "Volksgeist" auch im Volks- und rasseverbundenen Richter lebendig, soll von diesem verwirklicht werden!

Stimmen für und gegen den Ausbau dieser Gedanken und deren Einbau in ihren praktischen Konsequenzen in das Strafrecht wurden laut. Von den Strafrechtlern am meisten pro scheint mir Sauer eingestellt zu sein, wenn er schreibt (GA Heft 6 S.184): "Wie das Gesetz lebendig aus der Volksseele herauswächst, so quillt das Urteil aus dem Rechtsgewissen des Richters als seinem Schöpfer, als dem Repräsentanten des juristischen Grundgesetzes, als dem Vollzieher des Volkswohls." Dagegen erhebt warnend Schaffstein seine Stimme (DR Nr. 15 S. 349): "Jedes Recht, auch das nationalsozialistische Strafrecht, weist irgendwelche formalen Züge auf. Wer das leugnet, wer den Richter von jeder irgendwie formalen Bindung an das Gesetz befreit und ihn allein auf den Gedanken materieller Gerechtigkeit verweist, leugnet damit das Recht überhaupt. Ein solcher dilettantischer Rechtsnihilismus wirkt nur zersetzend, nicht aufbauend." "Die Denkschrift", die wohl als halbamtlich bezeichnet werden darf, schlägt einen Mittelweg ein und charakterisiert ihn selbst dahin (S.127): "§ 2 Abs.1 StGB (nullum crimen, nulla poena sine lege) bleibt inhaltlich bestehen, er erhält jedoch folgenden Zusatz: Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechts-

gedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes festzusetzen". Übertragen auf das "Ermessen des Gerichts" bedeutet das die Lockerung der Bindung des Strafrichters an das Gesetz, nicht aber die Aufhebung! Die richterliche Rechtsanwendung soll "formgebunden, aber nicht formalistisch sein" (Schaffstein DR Nr.15 S.352). Festzustellen ist die Preisgabe des Analogieverbotes und eine halbe Anerkennung des Grundsatzes "nullum crimen, nulla poena sine lege".

Die Erkenntnis dürfte sich jetzt durchgesetzt haben, "dass volle Freiheit vom Gesetz zur Anarchie führen muss, starre Bindung an den äusseren Wortsinn der Einzelnorm die Gefahr ungerechter Entscheidung in sich trägt". (Dölle in DJZ S.1017; vgl. auch die dort zitierten Freisler-Aufsätze in der DJ). Der Richter hat die Pflicht, das Recht zu "finden", wobei ihm "das Gesetz des nationalsozialistischen Staates wichtiges Führungsmittel" ist (vgl. Dölle aaO. und die dort zit.Literatur). Der Richter darf sich aber nicht über das Gesetz erheben und "den Anordnungen der mit dem Gesetzgeber identischen politischen Führung den Gehorsam verweigern". (vgl.hierzu Dahm GA Heft 3 S.90). "So sehr der Richter das Gesetz als Ausdruck der Volksanschauung verstehen und deuten muss, so wenig darf er einem Gesetz die Anwendung mit der Begründung versagen, dass das Gesetz der Volksanschauung widerspreche" (Dahm a.a.O.). Das aus diesem sich ergebende "pflichtmässige Ermessen" des nationalsozialistischen Richters hat m.E. Dahm (a.a.O. S.91) am treffendsten dahin umrissen, wenn er sagt: "Nur durch Berücksichtigung der empirisch vorhandenen Rechtsanschauung und dahingehenden Feststellungen eines tatsächlichen Sachverhalts, zugleich aber durch Besinnung auf die nationalsozialistische Rechtsidee und durch Gehorsam gegenüber dem Willen der politischen Führung findet der Richter die zutreffende Entscheidung"; und hinsichtlich des richterlichen Ermessens die Konsequenz daraus: "Somit wirkt der Wille der politischen Führung über die Grenzen des formellen Gesetzes hinaus in den Ermessens- und Bewertungsraum hinüber.- - So gesehen, gehört die Zukunft nicht dem freien, sondern dem gebundenen Ermessen, wobei allerdings die Bindung an inhaltliches, materielles Recht, an die gesunde Volksanschauung und den Willen der politischen Führung im Vordergrund steht." Das bedeutet die Vereinigung der rechtspositivistischen und freirechtlichen Anschauung vom "pflichtmässigen Ermessen des Gerichts"!

c) Das pflichtmässige Ermessen beim Berufsverbot

"Der Richter soll gesetzmässig entscheiden". Dieser Satz gilt auch und gerade im nationalsozialistischen Strafrecht. Durch die Auflockerung der Tatbestände wird das richterliche Entscheiden aber nicht leichter, sondern schwerer, das "pflichtmässige Ermessen" weiter, aber verantwortungsvoller; denn "der Richter ist an den Willen der politischen Führung und die Rechtsanschauung der Volksgemeinschaft heute stärker gebunden als je und gerade diese Bindung erzwingt ja die Befreiung vom formalen Gesetz. - - Somit ist die Zunahme der Richtermacht in Wahrheit nur eine Scheinzunahme" (Dahm a.a.O. S.95); denn auch dort, wo z.B. der Gesetzgeber die Anordnung einer Massregel der Sicherung und Besserung lediglich fakultativ vorschreibt, wie bei dem B e r u f s v e r b o t, der Entmannung und der Reichsverweisung, so nur deshalb, weil "hier das Urteil des Richters a u c h von Voraussetzungen abhängig ist, die nicht restlos gesetzlich geregelt werden können" (Exner in ZStW 53.Bd.S.642).

Der Richter hat sich in seinem pflichtmässigen Ermessen in den Willen des Gesetzgebers hineinzudenken, diesen mit der "gesunden Volksanschauung" hinsichtlich der Beurteilung des Falles in Einklang zu bringen und dementsprechend zu entscheiden; andernfalls: Willkür! Eine schwierige Aufgabe, die sich vor allem bei Anordnung der Untersagung des Berufs nach § 42 l zeigt.

Das Berufsverbot ist deshalb nicht zwingend vorgeschrieben, "weil das Gericht aus den verschiedensten Gründen die Anordnung im Einzelfall für unzweckmässig oder zu hart ansehen kann" (Ktr.S.157 Anm.8); wobei die Beurteilung der Frage der Zweckmässigkeit und der Härte nicht von der individuellen Anschauung des Richters abhängen soll, die sehr wohl von dem gesetzgeberischen Willen und der "gesunden Volksanschauung" abweichen kann, sondern sie ist in das oben charakterisierte "nationalsozialistische pflichtmässige Ermessen des Gerichts" gestellt. Um aber richterliche Willkürentscheidungen nach Möglichkeit auszuschliessen, hat der Gesetzgeber die Anordnung des Berufsverbotes an nähere Voraussetzungen geknüpft, deren Gegebensein zum Teil aber wiederum von der pflichtmässigen Ermessensentscheidung abhängig gemacht worden ist. So muss der Richter feststellen, ob im Sinne des Gesetzes der Täter die Tat "unter Missbrauch seines Berufes" oder "unter grober Verletzung" seiner Berufspflichten begangen hat und ob sie dadurch "ein Sympton dafür ist, dass die Belassung des Täters in diesem Beruf eine Gefahr für die Allgemeinheit bedeutet..... Neben und unabhängig von der Feststellung der Tat obliegt also dem Richter, stets die künftige Gefährlichkeit des Täters festzustellen" (Exner a.a.O. S.640). "Es muss also eine Beziehung zwischen Subjekt und äusserem Geschehen gegeben sein, die es gestattet, einen Rückschluss zu ziehen vom Wesen der Tat auf das Wesen des Täters" (Exner a.a.O.S.638).

"Missbrauch" und "grobe Pflichtverletzung" sind Wertbegriffe, deren genauere Abgrenzung dem pflichtmässig entscheiden wollenden Richter nicht immer leicht fallen wird; denn er darf nicht "Ich" - bezogen, sondern nur "Wir"-bezogen darüber urteilen. Kennzeichnend für eine grobe Pflichtverletzung ist im allgemeinen dabei etwa nach Finger (GS Bd.104 S.218) "eine heftigere Reaktion unverdorbenen, gesunden Fühlens gegen Vorgänge dieser Art. Die Missbilligung solchen Vorgehens ist eine allgemeine, sie hat eine breite Grundlage, sie wird nicht nur bei Vereinzelten laut. Die Ablehnung des Vorganges ist eine stärkere, schärfere, es handelt sich nicht um einen Verstoss gegen die Pflichten eines tüchtigen, umsichtigen, gewissenhaften Menschen, sondern um schlimmere Nachlässigkeit oder Sorglosigkeiten."

Die Anordnung der Berufsuntersagung stellt an den Richter höchste Anforderungen. Der Richter kann hier nicht als "Subsumtionsmaschine" und "Urteilsautomat" fungieren; er muss seine persönliche Anschauung und Wertung des Falles in Übereinstimmung mit dem präsumtiven Zweckwillen des Gesetzgebers und der vorhandenen gesunden Anschauung des Volkes bringen. Wird z.B. der Antrag gestellt, einem Rechtsanwalt den Beruf zu untersagen, da dieser "als Verteidiger durch unlautere Machenschaften den Verbrecher der verdienten Strafe" (Ktr. S.155 Anm.4) entzogen hat, so wird der Richter vor einer schwierigen Aufgabe stehen. Was heisst hier "unlautere" Machenschaften und "verdiente" Strafe?! Macht sich beispielsweise ein Verteidiger der Begünstigung schuldig, wenn er in Kenntnis von der Schuld seines Klienten auf Freispruch plädiert? (vgl. hierzu Gallas ZStW 53.Bd. S.256 ff. : "Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozess";

vgl. auch R.G.Str. Bd.49 S. 342). Ein Rechtsanwalt wird hierüber ganz anderer Meinung sein als ein Staatsanwalt! In diesem Falle wird der Richter wohl eine echte, selbständige Entscheidung treffen müssen. Denn der Wille des Gesetzgebers bezüglich des vorliegenden Falles ist sehr schwer zu vermuten und die "gesunde Volksanschauung" wird sich hierbei wohl nur in dem Gewissen eines volks- und rasseverbundenen Richters einhellig feststellen lassen. So wird der Richter vielleicht zu der Ansicht gelangen, dass dem angeklagten Rechtsanwalt der Beruf eines Verteidigers (strafrechtlich) untersagt werden müsse, der eines Vertreters (zivilrechtlich) aber belassen werden könne. (Vgl. über die Einführung eines generellen Vertretungsverbotes VO des Reichspräsidenten v.18.März 1933 Kap. XIII (RGBl. I, 119)). Der zu verurteilende Rechtsanwalt muss aber, um dem Berufsverbot nach § 42 l ausgesetzt zu sein, nicht einen bestimmten Verbrecher (etwa einen guten Freund) durch "unlautere Machenschaften der verdienten Strafe" entzogen haben. Ist die Tat nicht symptomatisch für die Gefährlichkeit dieses Verteidigers hinsichtlich der weiteren Begehung ähnlicher Taten, so kann ein Berufsverbot nach § 42 l nicht Platz greifen; wohl aber Standesdisziplinarstrafen!

Wird für die richterliche Überzeugung der dem Berufsverbot zugrundeliegenden Tat, wie allen verbrecherischen Handlungen, eine objektive "historische Gewissheit" zur Verurteilung verlangt, so wird man den Sinn dieser Forderung auch auf das Gefährlichkeitsurteil übertragen können: Gefährlich ist ein Täter dann, wenn dem Zweifel hierüber Schweigen geboten ist.

§ 15

Sicherung gegen missbräuchliche Anwendung

a) Zuständigkeit und Abstimmung

Die Untersagung der Berufsausübung ist für den Betroffenen eine ausserordentlich einschneidende Massnahme. Sie ist vielleicht neben der Sicherungsverwahrung und Entmannung die in das Leben des einzelnen am meisten eingreifende "Massregel der Sicherung und Besserung", ohne jedoch mit Freiheitsentziehung verbunden zu sein. Wird jemanden die Freiheit auf Grund der in § 42 a StGB vorgesehenen Massnahmen entzogen, so wird den Betroffenen das in der Regel nicht so hart treffen, da es sich ja vorwiegend um Besserungsmassregeln handelt, die nicht nur im Interesse der Gemeinschaft, sondern auch gerade des einzelnen liegen, der von seinem Laster oder Übel auf Staatskosten geheilt wird und der Staat ihm während des Heilungsprozesses die Sorge um seine Existenz abnimmt; hierfür allerdings wird der Staat in den wenigsten Fällen Dankbarkeit ernten. Bei der Untersagung der Berufsausübung hingegen wird der Betroffene in voller Freiheit gelassen, ihm aber seine bisherige Erwerbsfähigkeit genommen und er so vor das Nichts gestellt. In den meisten Fällen wird dies unter den heutigen, sehr schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen eine Vernichtung der Lebensexistenz bedeuten. Um nun vorzubeugen, dass die Untersagung der Berufsausübung leichtfertig und missbräuchlich angewendet wird, hat der Gesetzgeber eine Reihe von Kautelen in das Gesetz eingebaut, die bezwecken sollen, dass das Berufsverbot auch wirklich nur in den Fällen ausgesprochen und wirksam wird, für die der Gesetzgeber es wollte, nämlich für schwe-

re Verfehlungen, die nicht nur gelegentlich der Berufsausübung, sondern unter verbrecherischem M i s s b r a u c h des Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges begangen worden sind und die stark begründete Besorgnis einer weiteren Gefährdung der Allgemeinheit besteht. Die Besorgnis muss nicht ein einzelner haben; sie soll bei Vorliegen der Tatsachen eine allgemeine sein. Ein pessimistischer Richter wird leichter eine weitere Allgemeingefährdung durch den Verurteilten annehmen als ein optimistischer Richter. Um aber möglichst subjektiv bedingte Anordnungen der Berufsuntersagung unmöglich zu machen, ist der Ausspruch des Berufsverbotes nicht durch den Einzelrichter möglich. So ist die Zuständigkeit der Kollegialgerichte vom Schöffengericht an aufwärts für die Anordnung dieser Sicherungsmassregel in § 26a GVG (s.AusfGes. Art. 1 Ziff.1 z.Ges. v.24.11.33) begründet worden. § 26a GVG gilt aber nur bei Anordnung der Untersagung der Berufsausübung nach § 42 1 StGB und nicht für die gerichtliche Untersagung der Ausübung bestimmter Berufe oder Gewerbe nach Sondervorschriften (s.unten §§ 17c und 19c) wie z.B. (Ktr. S.233 Anm.2) nach § 25 der VO über Handelsbeschränkungen, nach § 15 des Lebensmittelgesetzes oder nach § 20 Abs.2 des Lichtspielgesetzes. Ist die Zuständigkeit des Einzelrichters kraft Gesetzes begründet und hält der Amtsrichter "die Untersagung der Berufsausübung für angezeigt, so hat er die Sache an das Schöffengericht zu überweisen, sofern nicht ein Gericht höherer Ordnung zuständig ist" (§ 270 StPO). (AusfGes. Art. 2 Ziff.25); wobei zu bemerken ist, dass schon die Staatsanwaltschaft nach § 26a GVG den Antrag auf Aburteilung durch den Einzelrichter nicht stellen soll, wenn das Berufsverbot nach § 42 1 StGB zu erwarten ist. Im Falle der Verweisung sowohl wie bei Antrag des Staatsanwaltes hat das Schöffengericht (bzw. das zuständige höhere Gericht) die g a n z e H a u p t v e r h a n d l u n g durchzuführen und nicht etwa nur die Untersagung der Berufsausübung als Ergänzung anzuordnen (vgl. Ktr. S.270 Anm.6). Und zwar hat das Kollegialgericht bei der Anwendung des Berufsverbotes nach § 42 1 mit einer Stimmenmehrheit von zwei Dritteln der Stimmen zu entscheiden (§ 263 StPO; AusfGes. Art.2 Ziff. 22); also dem gleichen Stimmenverhältnis wie für die Entscheidung über die Schuldfrage und die Bemessung der Strafe. Aber nicht nur die A n o r d n u n g der Berufsuntersagung erfordert Zweidrittelmehrheit, sondern auch der Ausspruch über die D a u e r, einer reinen Ermessensentscheidung (vgl. hier Ktr. S.265 Anm.2).

b) Notwendige Verteidigung und Jugendliche

Nach bisherigem Recht war eine Verteidigung lediglich notwendig in Sachen, "welche vor dem Reichsgericht oder dem Oberlandesgericht erster Instanz oder vor dem Schwurgericht zu verhandeln sind" (§ 140 Abs.1 StPO) und "in anderen Sachen", "wenn der Angeschuldigte taub oder stumm ist" (Abs.2). Diese Vorschriften bezwecken einen Schutz des Angeklagten, dessen Tat entweder eine sehr hohe Freiheits- evtl. sogar Todesstrafe erwarten lässt, oder aber durch persönliche Gebrechen an seiner eigenen Verteidigung gehindert wird. Der Art.2 Ziff. 11 des AusfGes. hat den Abs.2 neu gefasst und bestimmt, dass nunmehr die Verteidigung notwendig ist, "wenn zu erwarten ist, dass die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt die Sicherungsverwahrung oder die Entmannung angeordnet oder die Berufsausübung untersagt werden wird".

Diese Bestimmung der notwendigen Verteidigung stellt eine erhebliche Sicherungsmassnahme gegen missbräuchliche Anwendung des Berufsverbotes dar. Begründet wird sie nach der amtlichen Begründung ("zu den §§ 140, 145") damit, dass die Anordnung der genannten Massregeln für den Verurteilten einen nicht minder schweren Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre wie eine langjährige Freiheitsstrafe bedeutet und dass daher der Schutz der §§ 140, 145 StPO auch denjenigen Beschuldigten zustehen müsse, bei denen die Anordnung einer solchen Massregel zu erwarten sei. Die Änderung des § 145 StPO (AusfGes. Art.2 Ziff.12) sichert dem Angeklagten analog der bisherigen Regelung der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Verteidigers auch in den Fällen, in denen sich erst im Laufe der Hauptverhandlung die Notwendigkeit der Verteidigung ergibt.

Die besondere Stellung, die die Jugendlichen mit Recht im deutschen Strafrecht einnehmen, hat es auch bedingt, dass die Anordnung der Berufsuntersagung auf Jugendliche keine Anwendung findet. Im Art.3 (einzige Ziffer) des Ausführungsgesetzes (Neufassung des § 9 Abs.5 des JGG) wird bestimmt, dass auf verschiedene Massregeln der Sicherung Besserung, sowie Untersagung der Berufsausübung, bei Jugendlichen nicht erkannt werden darf. Es wäre auch wirklich eine "missbräuchliche Anwendung" des § 42 l, wollte man ihn Jugendlichen gegenüber zur Geltung bringen. Das Jugendgerichtsgesetz stellt genügend andere Mittel zur Verfügung, um einen Jugendlichen, der kriminell gefährdet ist, zu bessern, so dass die Resignation des Staates gegenüber einem Verbrecher, die in der Anwendung jeder Sicherungsmassregel liegt!, hier etwas voreilig wäre. Kriminellen Jugendlichen gegenüber darf sich der Staat niemals als Defaitist zeigen, denn in seinen Entwicklungsjahren ist jeder Mensch bei sachgemässer Behandlung und Erziehung besserungsfähig; in welchem Grade, ist eine weitere, hier nicht zu erörternde Frage. Auf jeden Fall hat die Gemeinschaft die Pflicht, ihren jüngsten Mitgliedern gegenüber nicht zu verzweifeln und zu sich schützenden negativen Massnahmen zu greifen, sondern zu versuchen, den asozial gefährdeten Jugendlichen zu einem wertvollen Mitglied der Gemeinschaft zu erziehen und darf nur dann darauf verzichten, wenn es das rassische Auslese-prinzip erfordert, wie z.B. bei der Sterilisation, die aber ja keine strafrechtliche (weder im Sinne der Repression noch der Prävention), sondern eine rein eugenische Massnahme ist. Wer hat in seiner Jugend nicht kleinere oder grössere Naschereien ("Diebstahl"!) und Lügereien ("Betrug"!) begangen und ist dennoch ein tüchtiger, der Gemeinschaft dienender Mensch geworden?! So ist es denn sehr zu begrüssen, dass der § 42 l StGB, die rein sichernde Massnahme der Untersagung der Berufsausübung, auf Jugendliche keine Anwendung findet.

c) Begründungzwang und Spezielles

In demselben Masse, wie sich der Gesetzgeber vor einer missbräuchlichen Anwendung des § 42 l geschützt hat, hat er auch die Unwirksamkeit einer ungesetzlichen Anordnung des Berufsverbotes statuiert. So sind auch die Urteile, in denen zugleich oder allein (bei Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach § 42 b StGB) auf eine Massregel der Sicherung und Besserung erkannt worden ist, mit den allgemeinen Rechtsmitteln, die in der StPO vorgesehen sind, anfechtbar und damit die Aufhebung bzw. Änderung einer angeordneten Massnahme möglich. Schon nach bisher geltendem Recht hat

das Revisionsgericht die Ermessensentscheidungen auch in ihren Gründen nachzuprüfen. Das Revisionsgericht kann aber dieser Rechtspflicht nur dann genügen, wenn für die Vorinstanz die Rechtspflicht besteht, ihre Ermessensentscheidungen genauestens zu begründen. Dieser Begründungszwang hat in der StPO seinen gesetzlichen Niederschlag in § 34 und die Ergänzung dieser allgemeinen Vorschrift in § 267 gefunden. Letztere ist durch das Ausführungsgesetz Art. 2 Ziff.24 ergänzt worden. So müssen nach Abs.6 die Urteilsgründe auch ergeben, "weshalb eine Massregel der Sicherung und Besserung angeordnet oder für zulässig erklärt worden ist". Diese Vorschrift dient auch in hervorragender Weise zur Abwendung einer missbräuchlichen Anwendung des § 42 l; denn erstens muss das anordnende Gericht sich völlig klar über die Notwendigkeit der Anordnung werden und dies schriftlich genauestens begründen und zweitens ist diese Begründung revisibel (vgl. §§ 337, 338 Ziff. 7 StPO).

Eine ungesetzliche Anordnung des Berufsverbotes kann weiter die Wiederaufnahme des Verfahrens und im Falle der Aufhebung die Entschädigungspflicht des Staates begründen (§ 359 Abs.2 StPO - AusfGes. Art.2 Ziff. 31 und AusfGes. Art. 5 Ziff.1). Das Gesetz führt in § 359 Abs.2 StPO einen besonderen Wiederaufnahmegrund für solche Urteile ein, in denen eine "Massregel der Sicherung und Besserung" angeordnet worden ist (Näheres s.Ktr. S.273 ff.) und begründet eine besondere Entschädigungspflicht des Staates demjenigen gegenüber, der im Wiederaufnahmeverfahren die Aufhebung einer solchen Massnahme erreicht hat, "nachdem sie ganz oder teilweise vollstreckt worden oder wirksam geworden ist" (Art. 5 Ziffl. 1 AusfGes). Der Ausdruck "wirksam geworden" bezieht sich dabei speziell auf das Berufsverbot, das, ohne einer Vollstreckung zu bedürfen, wirksam wird (s.unten § 16 a; vgl. Ktr. S.317 Anm.3).

Wichtig hinsichtlich der Abwendung missbräuchlicher Anwendung (i.w.S.) des Berufsverbotes ist weiter.

1. § 233a StPO (Art.2 Ziff.19 AusfGes.): "Wenn ohne den Angeklagten verhandelt worden ist, dürfen gegen ihn keine Massregeln der Sicherung und Besserung angeordnet oder für zulässig erklärt werden", da eine Verhängung derartiger Massregeln eine eingehende Prüfung der Persönlichkeit des Angeklagten voraussetzt (s.Näheres Ktr. S.260/61).

2. § 384 Abs.1 StPO (Art. 2 Ziff. 35 AusfGes.), nach dem Massregeln der Sicherung und Besserung im Privatklageverfahren nicht angeordnet oder für zulässig erklärt werden dürfen. Die Amtliche Begründung führt hierzu aus: "Massregeln der Sicherung und Besserung werden im öffentlichen Interesse verhängt. Mit diesem Grundgedanken wäre es nicht vereinbar, wenn auf solche Massregeln in einem Privatklageverfahren erkannt würde. Steht die Anordnung oder Zulassung derartiger Massregeln in Frage, so ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft die Klage zu erheben oder die Verfolgung zu übernehmen." Wieder ein Beweis dafür, dass es einen privaten Strafanspruch nicht gibt.

3. § 407 Abs.3 StPO (Art.2 Ziff.36 AusfGes.):"Massregeln der Sicherung und Besserung dürfen in einem Strafbefehl nicht angeordnet oder für zulässig erklärt werden." Diese Vorschrift ist m.E. überflüssig, da ja diese Massregeln nur

bei persönlicher Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung und dort auch nur bei "notwendiger Verteidigung" angeordnet werden dürfen (§ 233a, § 140, § 145 StPO).

4. Eine Abwendung missbräuchlicher Anwendung des Berufsverbotes im weitestens Sinne folgt aus (argumentum e contrario) § 331 Abs.2 StPO (Art. 2 Ziff.29 AusfGes.): Das Verbot der reformatio in peius gilt für Untersagung der Berufsausübung! So darf das Berufungsgericht, wenn die Berufung zugunsten des Angeklagten eingelegt ist, weder auf die Untersagung erkennen (natürlich nur, falls das Gericht erster Instanz nicht darauf erkannt hat!) noch ein nach § 42 1 StGB erkanntes Berufsverbot verlängern.

§ 16

Vollstreckung, Aufschub, Begnadigung

a) Vollstreckung und Verjährung

Die Untersagung der Berufsausübung tritt nach § 42 1 Abs.3 in Verbindung mit § 36 Abs.1 StGB kraft Gesetzes mit der Rechtskraft des Urteils wirksam in Kraft. Einer besonderen Vollstreckungshandlung bedarf die Entziehung des Berufsverbotes also nicht! Eine Folge davon ist, dass § 70 Abs.2 StGB (Ges. Art.3 Ziff.8) auf die Untersagung der Berusausübung nicht anwendbar ist, wonach die Vollstrekkung einer rechtskräftig angeordneten Massregel der Sicherung und Besserung in zehn Jahren verjährt (s.Näheres Ktr. S.192 Anm.3). Da nun die Untersagung der Berufsausübung weder einer Vollstreckung bedürftig noch überhaupt fähig ist, kann die Vollstreckung auch nicht verjähren! Das Fazit für das Berufsverbot ist demnach, dass die Untersagung der Berufsausübung auch dann noch wirksam bleibt, wenn die Vollstreckung der neben ihr erkannten Freiheitsstrafe bereits verjährt ist (vgl.Ktr. S.192 Anm.3).

b) Aufschub

Die Untersagung der Berufsausübung wird grundsätzlich mit der Rechtskraft des Urteils wirksam. Die Gründe aber, die bei der Strafe einen Aufschub rechtfertigen, können ebenso bei dem Berufsverbot vorliegen. Um dem Verurteilten eine Abwicklung seines Geschäftsbetriebes zu ermöglichen und auch aus sonstigen Gründen wird es oft erwünscht sein, das Inkrafttreten des Berufsverbotes für einige Zeit aufzuschieben. Wie bei der Vollstreckung der Strafe sollen auch durch die Vollziehung des Berufsverbotes alle u n n ö t i g e n Härten, die vom Gesetzgeber nicht gewünscht werden, vermieden werden. Es kann aber für den Verurteilten und seine Familie wie auch für diejenigen, die mit dem von dem Berufsverbot Betroffenen bisher in beruflichen oder geschäftlichen Beziehungen standen, durch das sofortige Inkrafttreten des Berufsverbotes eine ungewollte Härte sich ergeben. So kann der Verurteilte z.B. (vgl. Ktr. S.303 Anm.1) Werk- oder Dienstaufträge vor seiner Aburteilung übernommen haben, deren Erledigung nicht nur im Interesse des Verurteilten, sondern auch des Auftraggebers und in gewissen Fällen auch der Allgemeinheit liegt. Aus derartigen Gründen kann die Strafvollstreckung nach § 456 StPO bis zur Dauer von vier Monaten aufgeschoben werden. Diese Vorschrift, nach § 463 a StPO auf die Massregel der Sicherung und Bes-

serung übertragen, findet aus dem Grunde der Unvollstreckbarkeitsfähigkeit der Untersagung der Berufsausübung auf diese keine Anwendung. Daher ermächtigt der § 456 d StGB das Gericht und die Vollstreckungsbehörde, die die der Untersagung zugrundeliegende Freiheitsstrafe vollstreckt, das Inkrafttreten des Berufsverbotes für die Dauer von höchstens sechs Monaten aufzuschieben bzw. auszusetzen. Da das Bedürfnis für den Aufschub schon vor der Rechtskraft des Urteils bestehen kann, ist es dem Gericht nach Abs. 1 überlassen, bei Erlass des Urteils das Inkrafttreten der Untersagung der Berufsausübung durch Beschluss aufzuschieben. Nach der Rechtskraft des Urteils geht die Zuständigkeit nach Abs.2 auf die Vollstreckungsbehörde über. Diese kann also lediglich das Verbot aussetzen, da es ja bereits wirksam geworden ist; es sei denn, dass das Gericht vor Rechtskraft den Aufschub beschlossen hatte; dann handelt es sich bei der Verfügung der Vollstreckungsbehörde auch um einen Aufschub. Die Unterbrechung und der Aufschub des Berufsverbotes durch die Vollstreckungsbehörde fasst das Gesetz in Abs.2 in den terminus technicus "A u s s e t z u n g" zusammen (Näheres s Ktr. S.304 Anm.4).

Über Einwendungen gegen Entscheidungen der Vollstreckungsbehörde über diese "Aussetzung" entscheidet nach § 458 Abs.2 StPO (Art.2 Ziff.4 AusfGes.) das Vollstreckungsgericht. Die Vorschrift des § 458 Abs.3 a.F., wonach das Gericht, dessen Entscheidung angerufen ist, einen Aufschub oder Unterbrechung der Vollstreckung anordnen kann, ist auf das keiner Vollstreckung fähige Berufsverbot nicht anwendbar (näheres s.Ktr. S.307 Anm.2b). So hat das Gesetz in § 458 Abs.3 Satz 2 StPO bestimmt, dass das Gericht in den Fällen des § 456 d Abs.2 eine einstweilige Anordnung treffen kann, die darin besteht, dass das Gericht das Berufsverbot vorläufig bis zur endgültigen Entscheidung aussetzt oder die vorläufige Aussetzung ablehnt. In den Fällen des § 456 b Abs.1 ist das Gericht zu dieser Entscheidung ohne weiteres berufen.

Der Aufschub und die Aussetzung können an Bedingungen geknüpft werden. So kann insbesondere (vgl. Amtl. Begr. zu § 456 d) dem Verurteilten eine Sicherheit auferlegt oder aber "der Aufschub auf eine besonders dringliche Tätigkeit, etwa die Abwicklung des bisherigen Geschäftsbetriebes beschränkt werden." Auf die Sicherheitsleistung finden die §§118-124 StPO entsprechende Anwendung (Näheres s.Ktr. S.305 An.6).

Eine weitere Voraussetzung zum Aufschub und zur Aussetzung der Untersagung ist nach Abs.1 des § 456 d, dass diese nur auf Antrag oder, wenn der Antrag nicht von dem Angeklagten bzw. Verurteilten gestellt wird, mit dessen Einwilligung bewilligt werden kann. Hat dieser einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen Einwilligung erforderlich, wobei es daneben dann einer Einwilligung des Betroffenen nicht bedarf. Der Grund für die geforderte Einwilligung ist darin zu suchen, dass die Zeit des Aufschubs und der Aussetzung auf die für das Berufsverbot festgesetzte Frist nach Abs.4 des § 456 d nicht angerechnet und damit durch den Aufschub oder die Aussetzung der Ablauf des Berufsverbotes hinausgeschoben wird.

c) Begnadigung

Die Frage, inwieweit die Untersagung der Berufsausübung dem Gnadenrecht unterliegt, hängt ab von der generellen Entscheidung

der Frage, inwieweit eine Massregel der Sicherung und Besserung überhaupt dem Gnadenrecht zugänglich ist. Im Gesetz ist diese Frage bedauerlicherweise nicht entschieden worden und hat daher in der Praxis, die schon bald nach Inkrafttreten des Gesetzes durch das Amnestiegesetz vom 7.8.1934 damit behelligt wurde, Verwirrung gestiftet. Vorweg ist wohl grundsätzlich zu sagen, dass eine Begnadigung hinsichtlich einer gerichtlich angeordneten oder zugelassenen Massregel der Sicherung und Besserung mit dem Wesen dieser Massregeln, die in scharfem Gegensatz zur Strafe gedacht sind, nicht vereinbart ist. Was die Massregeln der Sicherung anlangt, so "wäre die "Gnade" gegenüber dem einzelnen Ungnade gegenüber der Gesamtheit" (Exner S.181), denn der von einer Sicherungsmassregel Betroffene bedeutet doch nach wohlüberlegtem Ausspruch des Gerichts eine Gefahr für die Gesamtheit. Begnadigt man ihn, so ist deshalb "die Allgemeinheit vor weiterer Gefährdung" nicht geschützt; im Gegenteil, die Gefährdung dauert weiter an! Auch für die Besserungsmassregeln ist eine Begnadigung keine eigentliche "Gnade" und zwar wie für den Betroffenen selbst so auch für die Gemeinschaft. Das Gericht hat eine Massregel der Besserung ja nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen, sondern auch im Interesse des einzelnen, der gebessert und damit von der Begehung neuer Verbrechen abgehalten werden soll; und ein halb gebesserter Verbrecher ist oftmals gefährlicher als ein völlig ungebesserter!

Wenn somit es nicht die Aufgabe der Gnadeninstanz sein kann, Massnahmen, die das Gericht als für die öffentliche Sicherheit erforderlich erklärt hat, ausser Vollzug zu setzen, so ist dennoch das Berufsverbot von den Massregeln der Sicherung und Besserung noch am ehesten dem Gnadenrecht zugänglich. Hier wird ein Bedürfnis nach Eingreifen der Gnadeninstanz sich vor allem daraus ergeben können, dass weder das Gericht noch die Vollstreckungsbehörde eine rechtliche Handhabe haben, die einmal festgesetzte Dauer des Berufsverbotes nachträglich abzukürzen, z.B. "Wenn sich besondere, bei der Urteilsfällung nicht vorgesehene Härten für dem Betroffenen oder seine Familie ergeben" (Ktr. S.159 Anm.15).

Nach dem Gesetz über Gewährung von Straffreiheit vom 7.August 1934 (RGBl. I Nr.95 v.9.Aug.1934) erstreckt sich der Straferlass des § 1 "auch auf Nebenstrafen und Sicherungsmassnahmen, soweit sie noch nicht vollstreckt sind, auf gesetzlichen Nebenfolgen". Zum erstenmal sind damit in einer Amnestie auch die "Sicherungsmassregeln" mit inbegriffen, die sichernden Massnahmen waren bisher stets, meist in der Form ihrer Vorläufer, der "polizeilichen Massnahmen", dem Gnadenrecht unzugänglich gewesen, wenngleich die Amnestie vom 20.Dezember 1932 die "Überweisung an die Landespolizeibehörde", die rein polizeilichen Charakter trug, mitumfasst hatte. Ganz klar sind die Grenzen zwischen sichernden Massnahmen und Strafen nie gewesen!; auf jeden Fall nicht in der Praxis und da vor allem im Gnadenrecht. So ist auch das Anwendungsgebiet des § 7 des Amnestiegesetzes vom 7.8.1934 nicht eindeutig umgrenzt worden und hat zu geteilten Auffassungen in der Praxis geführt. Die Amtsgerichte hatten in vielen Fällen dem reinen Wortlaut des Gesetzes nach alle Sicherungsmassnahmen als unter die Amnestie fallend angesehen und beispielsweise die Freilassung nach § 42 d in einem Arbeitshaus Untergebrachten, analog dem Gesetz vom 20.Dezember 1932 angeordnet und mussten erleben, dass die Landgerichte dahingehende Beschlüsse wiederaufhoben vor allem mit Berufung auf die beiden mittlerweile erschienen Aufsätze von Schäfer in der "Deutschen Justiz" Nr.33 S.1049 ff. und

Krug in der "Deutschen Juristenzeitung" Heft 16/17 S.1011 ff., in denen die Klarstellung dahin erfolgte, dass hinsichtlich der Sicherungsmassnahmen des § 7 nur solche von der Amnestie erfasst werden, die einen reinen Sicherungszweck verfolgen; so dass also von den Sicherungsmassnahmen des § 42 a StGB lediglich die Sicherungsverwahrung unter die Amnestie fällt, da bei allen anderen Massregeln der Besserungszweck im Vordergrund steht, und auf Besserungsmassnahmen erstreckt sich die Amnestie nicht (vgl.Schäfer S.1050).Beide Aufsätze erwähnen aber nicht die Untersagung der Berufsausübung. Das Berufsverbot fällt m.E. nicht unter den § 7, da es keiner Vollstreckung bedarf und nur noch nicht vollstreckte Sicherungsmassregeln amnestiert werden.

Der § 7 des Amnestiegesetzes vom 7.8.1934 ist für die "Massregeln der Sicherung und Besserung" des § 42 a StGB praktisch bedeutungslos, da auch in den Fällen, in denen die Sicherungsverwahrung angeordnet ist, niemals ein so geringes Strafmass, wie es das Amnestiegesetz für seine Anwendung vorgeschrieben hat, (s.§ 1 Abs. 1 und 2) vorkommer wird.

Zweiter Abschnitt

§ 42 l und das Verbot in der Gewerbeordnung und in den Spezialgesetzen

§ 17
§ 42 l und das Verbot in den Spezialgesetzen
a) Gewerbefreiheit und -verbot

Die Gewerbeordnung vom 21.Juni 1869 wollte dem Geist der Zeit entsprechend möglichst den Grundsatz der Gewerbefreiheit zur gesetzlichen Anerkennung bringen, soweit nicht wichtige öffentliche Interessen insbesondere jeder Art polizeilicher (sicherheits-, gesundheits-, sittenpolizeilicher usw.) entgegenstanden. Nach ihr durfte unterschiedlos in Bezug auf Alter und Geschlecht, nur sehr beschränkt eingeengt durch Erbringung eines Befähigungsnachweises in einigen wenigen Gewerben, jedermann an jedem Ort, in jedem Umfang fast jeden Gewerbe ausüben. Ja, es war selbst den Innungen im Prinzip verboten, "das Bestehen einer Prüfung zur Aufnahmebedingung zu machen" (Landmann,Ktr. S.7). Aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit war der Gewerbeentzug verpönt; dies fand seinen gesetzlichen Niederschlag in § 143 GewO. Erklärlich ist diese "schrankenlose" Gewerbefreiheit nur aus dem liberalen Rechtsstaat als Reaktion auf den alles bevormundenden Polizeistaat. So schrieb seinerzeit Wilhelm v.Humboldt 1792 das für den liberalen Rechtsstaat richtungweisende Werk "Über die Grenzen der Staatsgewalt". Aus der Abgrenzung wurde ein Fordern. Fleiner konnte aus dieser Betrachtungsweise heraus sagen: "Im (liberalen) Rechtsstaat spricht die Vermutung für die Freiheit der Bürger (im weitesten Sinne) vom staatlichen Zwang" (Institutionen S.131). Die Gewerbefreiheit in dieser weiten Form erwies sich aber selbst für einen liberalen Staat als unhaltbar. So kam es zu Klagen, die drängender wurden und vor allem mehr Schutz des Publikums gegen Gefährdung seiner materiellen und moralischen Interessen forderten, sodass der Gesetzgeber sich gezwungen sah, zahlreiche Abänderungen und Ergänzungen der Gewerbeordnung vorzunehmen, die häufig Gewerbeverbote einführten und den Begriff

des Gewerbepolizeirechts entwickeln halfen. Nach Hatschek (§ 29 III S.223) ist das Gewerbepolizeirecht "der Inbegriff der Ausnahmen und Beschränkungen, welche durch die Polizei nach den Vorschriften der Reichgewerbeordnung der Gewerbefreiheit auferlegt werden. Grundsätzlich hatte der Bürger aber gemäss seinen sog. "individuellen Freiheitsrechten" (vgl. hierzu Fleiner S.177) verfassungsgarantierte "Grundrechte" und Anspruch auf eine staatsgewaltfreie Sphäre: Glaubens- und Gewissenfreiheit, Gewerbefreiheit, Passfreiheit, Vereinsfreiheit, Eigentumsfreiheit usw. Diese Freiheitsrechte wurden als "subjektive öffentliche Rechte" propagiert; d.h. Berechtigter war der einzelne Bürger, Verpflichteter der Träger der öffentlichen Gewalt, der zur Erfüllung der Ansprüche des Rechtsgenossen verpflichtet war und alles zu unterlassen hatte, was diese Rechte einengte. Griff der Staat aber doch einmal aus dringendem Allgemeininteresse in die Privatsphäre des einzelnen ein, so konnte dieser für seine erlittene Rechtseinbusse ein Äquivalent verlangen. Diese Rechtsanschauung war auch bestimmend für a l l e Arten von Gewerbeentzug; mag sie nun in der Gewerbeordnung oder in Spezialgesetzen sich finden. Die Untersagung eines Gewerbebetriebes wurde stets als Eingriff in das Eigentumsrecht eines einzelnen angesehen, der dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen konnte. Ja, man war geneigt, die Untersagung eines Gewerbebetriebes "wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl" gegen Entschädigung (§ 51 GewO) mit der Enteignung in Verbindung zu bringen; Jellinek (S.409) meint, es wäre dies trotz einiger theoretische Bedenken auch erlaubt (gewesen). Ich setze hinzu "gewesen", denn nach heutigen Anschauungen, vom Blickfeld des totalen Staates aus, darf man die Untersagung eines Gewerbebetriebes nach § 51 GewO wohl kaum mit der "Enteignung" in bisheriger Begriffsbestimmung in Zusammenhang bringen; zumal, wie ich annehme, über kurz oder lang der Abs.2 des § 51 GewO wohl geändert werden wird und die dort vorgesehene Anrufung der ordentlichen Gerichte (vgl. hierzu Landmann, Ktr. Anm.5 zu § 51 GewO) wegen der Entschädigung nicht mehr gegeben sein wird, was ich jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit bedauern würde. Allerdings dürfte auch wohl der "klassische" Enteignungsbegriff ins Schwanken geraten sein, da heute die Vermutung im Verhältnis Individuum-Staat sich umgekehrt hat und das peinlich strenge Verfahren, das der "klassischen Enteignung" eigentümlich war, sicherlich aufgelockert und die Anrufung der ordentliche Gerichte (ein Eckpfeiler der "klassischen Enteignung"!) unmöglich gemacht werden wird. Allgemein wird heute da, wo bisher die "Vermutung" für die Freiheit der Bürger vom staatlichen Zwang" galt, die Vermutung für den Staat, für den staatlichen Verwaltungsbeamten, als Funktionär der Gemeinschaft gelten müssen, denn der nationalsozialistische Staat ist meiner Anschauung nach Funktion der Gemeinschaft.

So wird man heute auch den Grundsatz der Gewerbefreiheit anders sehen müssen, als man bislang gewöhnt war. Ein subjektives öffentliches Recht auf Gewerbefreiheit im Sinne der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 besteht im nationalsozialistischen Staat nicht mehr. Dies wirkt sich natürlich auch auf das Gegenstück der Gewerbefreiheit, den Gewerbeentzug aus. Der Geist, aus dem der § 143 GewO ("die Berechtigung zum Gewerbebetriebe kann, abgesehen von den in den Reichsgesetzen vorgesehenen Fällen ihrer Entziehung, weder durch richterliche noch administrative Entscheidung entzogen werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz, welche durch die Steuergesetze begründet sind, bleiben solange aufrecht erhalten, als die Steuergesetze in Kraft bleiben") geboren ist, ist nunmehr tot! Der Mensch als

Einzelwesen wird verneint. Das Individuum hat nach herrschender Ansicht als solches weder das Recht noch die Pflicht, zu existieren; alles Recht und alle Pflicht leiten sich erst aus der Gemeinschaft her (vgl. Dr.Dietrichis (Reichspressechef der NSDAP) Rede vom 15. November 1934 über die philosophische Untermauerung der nationalsozialistischen Weltanschauung und die dort verwandten Krannhals-Zitate). Der einzelne hat somit kein Ursprungsrecht auf Gewerbefreiheit im bisherigen Sinne mehr. Die Ausübung seines Gewerbes kann ihm grundsätzlich verboten werden, erfordert es die Notwendigkeit der Gemeinschaft. Ein Schadensersatzanspruch wird dem Betroffenen aber auch stets dann zustehen müssen, wenn ihn keine "Schuld" trifft, wenn also die Gründe für die Untersagung nicht in seiner Person liegen. (Vgl. hierzu § 4 des Ges. zur Beseitigung der Missstände im Versteigerergewerbe und § 6 des Ges. üb.d.vorl.Aufbau des Reichsnährstandes und Massnahmen zur Markt- und Preisregelung für landwirtschaftliche Erzeugnisse vom 13.Sept. 1933 - s.unten § 17 c). Allerdings wird durch diesen Schadensersatzanspruch nur das damnum emergens geltend gemacht werden können und nicht wie bisher als Äquivalent für die Beeinträchtigung des subjektiv öffentlichen Rechtes, auch das lucrum cessans. Lediglich wo dem Betroffenen eine "Schuld" trifft, wird das Gewerbeverbot entschädigungslos auszusprechen sein, wie es ja auch nach der Gewerbeordnung bisher geschehen ist.

b) Das Verbot in der Gewerbeordnung

In der Gewerbeordnung ist die Entziehung der Befugnis zum Gewerbebetrieb in verschiedenen Paragraphen vorgesehen und zwar meist in solchen, die nachträglich durch Ergänzungsgesetze bzw. Verordnungen in die Gewerbeordnung eingebaut worden sind. Das in dieser Hinsicht wichtigste Gesetz ist das vom 1.Juli 1883 betr. Abänderung der Gewerbeordnung (RGBL. S.159), durch das u.a. der für das Gewerbeverbot bedeutsamste § 35 GewO neu gefasst wurde (s.unten § 19a) und der § 33 a (Errichtung von Singspielhallen) und Untersagung des Gewerbebetriebes nach Abs.3 ("aus den unter Ziff.1 angeführten Gründen kann die Erlaubnis zurückgenommen und Personen, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes den Gewerbebetrieb begonnen haben, derselbe untersagt werden") und der § 38 Abs.3)("hinsichtlich der Gesindevermittler und Stellenvermittler sind die Zentralbehörden insbesondere befugt, die Ausübung des Gewerbes im Umherziehen sowie die gleichzeitige Ausübung des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes zu beschränken oder zu untersagen") eingeführt wurden. Wichtig für das Verbot der Ausübung eines Gewerbes sind ferner die §§ 42b (ambulanter Gewerbebetrieb am Wohnort) Abs.2; § 44 a (Handlungsreisende) Abs.2; §51 (Untersagung der Benutzung einer Anlage) Abs.1; § 54 (Verfahren bei Gewerbeuntersagungen) Abs.1 und § 58 (Zurücknahme des Wandergewerbescheines). Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat eine Reihe der Paragraphen der Gewerbeordnung abgeändert und auch neue hinzugefügt (s.unten c). Für das Gewerbeverbot wichtig ist die durch das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels vom 12.Mai 1933 (RGBL.I S.262) erfolgte Änderung der Gewerbeordnung in ihrem Art. II Ziff.1: "Hinter § 35a wird eine Vorschrift als § 35b mit folgendem Inhalt eingefügt:

> "Die Ausübung des Handelns mit Gegenständen des täglichen Bedarfs kann untersagt werden, wenn sich aus einer rechtskräftigen Verurteilung des Handeltreibenden wegen Betruges oder

einer anderen strafbaren Verletzung fremden Vermögens oder wegen Wuchers oder aus wiederholter Verurteilung des Handeltreibenden wegen schweren Verstosses gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb seine Unzuverlässigkeit in Bezug auf den Gewerbebetrieb ergibt. Die Landeszentralbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde kann die Wiederaufnahme des Handels gestatten, wenn seit der Untersagung mindestens ein Jahr verflossen ist." (s.näheres Pfundtner Ktr. III Ziff.c 4 S.5/6).

In allen den oben angeführten Fällen tritt durch die Form der Untersagung neben den allgemeinen, unmittelbaren, persönlichen Zulassungsbeschränkungen in der Form des Erfordernisses einer Konzession oder eines Befähigungsnachweises die mittelbare Zulassungsbeschränkung, während das Verbot nach § 42 1 ausgesprochen werden kann "gleichviel, ob der Beruf oder das Gewerbe nach Massregeln des Gewerberechtes jedem freisteht oder nur mit besonderer Erlaubnis oder Zulassung ausgeübt werden kann " (Amtl. Begr.).

Die Gewerbe, die nur nach Erfüllung bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen mit einer besonderen Genehmigung betrieben werden dürfen, werden in den §§ 49-34 der Gewerbeordnung behandelt, wobei die "besondere Genehmigung" (Überschrift des 2.Abschnittes der Gewerbeordnung) im Gesetz selbst mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet wird: "Approbation", "Konzession", "Prüfungszeugnis", "Befähigungsnachweis", "Erlaubnis", "besondere Genehmigung" und "Genehmigung" (Näheres s.Landmann-Ktr. S.312). Diese Gewerbe können durch Zurücknahme der besonderen Genehmigung untersagt werden, "wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden sind, oder wenn dem Inhaber der Approbation die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, im letzteren Falle jedoch nur für die Dauer des Ehrverlustes" (§ 53 Abs.1 GewO).

c) Das Verbot in Spezialgesetzen

Schon das bisherige Recht sah Verbote der Ausübung bestimmter Berufe und Gewerbe, sowie die Schliessung von Betrieben in einer grossen Reihe von verschiedenen Spezialvorschriften aus gewerbepolizeilichen Gründen oder im Interesse der Reinhaltung bestimmter Berufe vor. (s.Ktr. Anm.1, insbes.1a zu § 42 1, sowie Amtl.Begr. Vgl. auch Jellinek S.494 und die Aufzählung in Landmann Ktr. S.462 Anm. 1a und Schäfer "Textausgabe des StGB" Berlin 1934 zu § 42 1). Unabhängig von diesen und ähnlichen Vorschriften, die auch weiterhin in Geltung bleiben (vgl. Ktr.Anm. 1 u. 2 zu § 42 1; s.unten § 19 c), überträgt das Gesetz dem Strafrichter die Befugnis, dem Verurteilten neben der Strafe unter bestimmten Voraussetzungen die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes zu untersagen.

Schon ältere partikulare deutsche Rechte, wie z.B. Feuerbachs Bayrisches Strafgesetzbuch von 1813 kannten diese Massnahme (vgl. hierzu v.Weber S.58). Sie erfreute sich aber bald keiner Beliebtheit mehr, da das liberale Freiheitsprinzip die Gewerbefreiheit propagieren half und daher die Verletzung besonderer Berufspflichten auch nicht mit gewerbepolizeilichen Mitteln ahnden lassen wollte, sondern nur sehr zögernd mit den gewöhnlichen Strafen. So hat das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.Mai 1871 die Untersagung des Gewerbebetriebes und der Berufsausübung nicht mit in sich aufgenommen. Allerdings vermochte sich dennoch neben dem StGB und

trotz des Gewerbefreiheitsprinzips diese Massnahme in strafrechtlichen Nebengesetzen, insbesondere in Steuergesetzen, zu halten (vgl. Aufzählungen bei Binding S.328 und Goldschmidt S.270). Interessant ist, dass nach dem Sozialistengesetz vom 21.Oktober 1878 der Verlust der Aufenthaltsfreiheit und das Recht zum Gewerbebetrieb in den §§ 22, 24 möglich war. In den §§ 198/99 der Reichsabgabenordnung wird das Landesfinanzamt ermächtigt, nach wiederholter Verurteilung wegen Steuerzuwiderhandlungen ein Berufsverbot auszusprechen. Ähnliche Vorschriften finden sich im § 127 des Gesetzes über das Branntweinmonopol vom 8.April 1922 in der Neufassung des Abänderungsgesetzes vom 18.Mai 1933. Besonders wichtig sind in dieser Beziehung die §§ 20-27 der VO über Handelsbeschränkungen vom 13.Juli 1923 in der Fassung der VO vom 26.Juni 1924.

Aber auch von den hier vorgesehenen Fällen der Möglichkeit einer Untersagung der Berufsausübung wurde dem Zeitgeist entsprechend von der Rechtsprechung nur sehr beschränkt Gebrauch gemacht. Allerdings hat der Weltkrieg und die durch ihn hervorgerufene Wirtschaftsnot eine Wirtschaftsgesetzgebung geschaffen, die die Untersagung des Gewerbebetriebes und ähnliche Massnahmen in vielen Fällen vorsah als sichernde Reaktion des Staates vor skrupellosen Individuen, die im Trüben zu fischen trachteten, dagegen wohl nicht als Repressionsmittel, wie v.Weber (S.58) meint. (S.näheres bei Kunz S.115 ff.). Die Gesetzgebung seit der Nationalsozialistischen Revolution hat hier energisch weitergebaut und in vielen sehr wichtigen und auch minder wichtigen Gesetzen und Verordnungen eine ganze Anzahl von Möglichkeiten der Betriebsschliessungen in Form von Untersagungen des Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges gebracht (s.Jellinek, Nachtrag S.28/29) so § 6 der VO des Bremischen Amtes Vegesack über die gewerbsmässige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen vom 17. Juni 1933: "Die gewerbsmässige Beförderung mit Kraftfahrzeugen kann Unternehmern untersagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, welche ihre Unzuverlässigkeit in Bezug auf den Gewerbebetreib dartun".

Die wichtigsten Vorschriften solcher Art sind vor allem in folgenden gesetzlichen Bestimmungen enthalten:

1. Art. 2 (Änderung der GewO) des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels v.12.5.1933 (RGBL. I S.262);

2. § 9 Abs.2 des Gesetzes über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes und Massnahmen zur Markt- und Preisregelung für landwirtschaftliche Erzeugnisse vom 13.Sept.1933 (RGBl. I S.626), wonach der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft bestimmen kann, "dass die Fortführung von Betrieben untersagt werden kann, wenn wegen Zuwiderhandlung gegen eine auf Grund dieses Gesetzes erlassene Vorschrift rechtskräftig auf Strafe erkannt worden ist." Bedenklich stimmt, dass eine politische Instanz die Anordnung endgültig bestimmen kann.

3. § 25 der 1.VO zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes v.1.November 1933 (RGBl. I S.493), nach welcher die Reichskulturkammern und die Einzelkammern "Bedingungen für den Betrieb, die Eröffnung und die Schliessung von Unternehmungen auf dem Gebiete ihrer Zuständigkeit festsetzen können." Kollidierende Vorschriften der Gewerbeordnung werden durch § 32 dieser VO ausser Kraft gesetzt. Durch den

§ 25 sind der Reichskulturkammer und den Einzelkammern ausserordentlich weitgehende Befugnisse eingeräumt worden; können sie doch ohne materielle Einschränkung die Gewerbefreiheit ganz oder teilweise ausser Kraft setzen! (vgl. Pfundtner, Ktr. I d 6 S. 13; s. dort auch näheres);

4. §§ 31, 35, 36, 37, 43 des Schriftleitergesetzes vom 4.Okt. 1933 (RGBL. I S.713), die teils disziplinarrechtliche (§ 31 Ziff.3; s.unten § 18 c), teils sichernde (§35), teils strafrechtliche (§§ 36,37) und teils gewerbepolizeiliche Massnahmen (§43) sind. Der § 35 gibt dem Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda die Möglichkeit, unabhängig von dem Verfahren vor den Berufsgerichten "die Löschung eines Schriftleiters in der Berufsliste zu verfügen, wenn er es aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohls für erforderlich hält." Diese Vorschrift hat einen starken Ausnahmecharakter. Sie wird nach Pfundtner (Ktr. I d 7 S.17 Anm. 1) nur dann Platz greifen, "wenn eine ganz besonders schwerwiegender Verstoss des Schriftleiters vorliegt." Trotzdem halte ich diese Regelung für nicht unbedenklich, da eine politische Instanz diese Anordnung treffen kann, ohne dass ein Rechtsmittel dagegen möglich ist; während die Löschung nach § 31 Ziff,3 vom Pressegerichtshof wieder aufhebbar ist (s.Pfundtner Ktr. I d, 7 S.16 Anm.2) und die Untersagung des Gewerbebetriebes nach § 43 ds. Ges. mit den nach Gewerberecht gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar ist.

Grundsätzlich halte ich die N a c h p r ü f b a r k e i t d e r U n t e r s a g u n g eines Berufs, Gewerbes oder Gewerbezweiges d u r c h V e r w a l t u n g s g e r i c h t e für notwendig, falls nicht die Zuständigkeit ordentlicher Gerichte begründet ist. Der einzelne hat ein Recht auf Existenz in der Gemeinschaft und die Grundlage dieser Existenz, seine berufliche Tätigkeit, darf ihm nicht schutzlos entzogen werden. Ich verstehe unter dem "einzelnen" hier nicht im liberalen Sinne das "Individuum", sondern ihn als ein Mitglied und Träger der Gemeinschaft; etwa im Sinne des § 10 II, 17 ALR "publico oder einzelne Mitglieder desselben". Wird der einzelne in seiner Existenz vernichtet, vernichtet man damit ein Stück der Gemeinschaft. Daher halte ich es auch und gerade vom dem Standpunkt der Gemeinschaft aus, für geboten, die Entscheidung über Sein oder Nichtsein eines einzelnen in die Hand von u n a b h ä n g i g e n R i c h t e r n zu legen. Zwar wird die Forderung nach der gewerbe-rechtlichen G e n e r a l k l a u s e l , die indirekt im Vorhergehenden vorgetragen ist, heute wohl nicht mehr sehr gerne gehört werden, trotzdem das Problem aber zur Zeit nicht minder aktuell ist als im liberalen Rechtsstaat. Sehen doch auch neueste Gesetze, so z.B. Preuss.VO v.28.Febr. 1934 betr. Untersagung des Versteigerergewerbes in § 1, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ausdrücklich vor; ja, Bremen hat sogar noch eine zweite Instanz geschaffen, während allerdings Hamburg, mit Bremen bisher das "Land der Generalklauseln", den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz allmählich abzubauen scheint.

Minder wichtige Vorschriften betr. Entziehung des Gewerbes und Untersagung der Berufsausübung finden sich in:

1. § 5 des Gesetzes über Einschränkung der Verwendung von Maschinen in der Zigarrenindustrie v.15.Juli 1933 (RGBl.I S.493);

2. § 4 Abs.2 des Gesetzes über den Zusammenschluss von Mühlen v.15.Sept.1933 (RGBl. I S.627);

3. § 11 des Tierschutzgesetezes v.24.Nov.1933 (RGBl. I S.987).

Die Untersagung der Ausübung eines Gewerbes kann auch in mittelbarer Form durch Verbot des Beginns eines solchen erfolgen. Derartige Verbote finden sich in den neuesten Gesetzen, so z.B.

1. § 1 des Art.1 des Gesetzes zum Schutz des Einzelhandels v. 12. Mai 1933, demzufolge die Errichtung, Erweiterung und Verlegung von Einheitsgeschäften verboten ist;

2. § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes, der die Errichtung von "Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden" bis zum 1.Nov.1933 verbietet; erweitert durch Gesetz v.25.10.1933 (RGBl. I S.779) bis 1.Juli 1934. Über die Ausnahme von diesem Verbot s.die VO zur Durchf. d.Ges.z.Schutz d.Einzelhandels v.23.7.1934 (RGBl. I S.726);

3. § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die Errichtung von Zwangskartellen v.15.7.1933 (RGBl. I S.488), der den Reichswirtschaftsminister ermächtigt, im Wege einer allgemeinen Anordnung die Errichtung von Unternehmen bestimmter Art zu verbieten.

§ 18

§ 42 1 und das Verbot im Disziplinarrecht

a) Kriminalstrafe und Disziplinarstrafe

Die Kriminalstrafe ist ein Übel, das durch die ordentlichen Strafgerichte gegen den Rechtsbrecher wegen begangenen Verbrechens verhängt wird. Die Disziplinarstrafe dagegen dient nicht der der Kriminalstrafe innewohnenden Vergeltung, sondern sie bezweckt die Aufrechterhaltung der Dienstzucht und Ordnung innerhalb eines bestimmten Rechts- und Pflichtenkreises. Daher ist das Disziplinarrecht kein Sonderstrafrecht, sondern ein Mittel zur Verwirklichung der Pflichterfüllung; kann sich doch z.B. ein Beamter nach § 100 Reichsbeamtengesetz der Auferlegung einer Disziplinarstrafe durch Niederlegung seines Amtes entziehen. Eine Bestrafung eines dem Disziplinarrecht Unterworfenen steht daher einer gleichzeitigen Bestrafung mit einer Kriminalstrafe nicht entgegen. Eine Kriminalstrafe wird verhängt auf Grund eines ordentlichen Strafverfahrens nach der StPO; die Disziplinarstrafe dagegen von einer Disziplinarbehörde auf Grund eines jeweils besonders gearteten Disziplinarverfahrens aus Anlass der Nichtwahrung der durch eine besondere Stellung bedingten Würde und Pflichtverletzung in und ausserhalb des Amtes. (Vgl. §§ 10, 10a, 10b, 72 RBG). Grundsätzlich hat der Strafrichter den Vorrang gegenüber dem Disziplinarrichter. Zu gleicher Zeit darf neben einem Strafverfahren kein Disziplinarverfahren laufen; hingegen braucht sich später der Disziplinarrichter aber nicht an das Urteil des Strafrichters zu halten. Besteht die schärfste Kriminalstrafe in Todesstrafe, so analog im Disziplinarrecht in Entfernung aus dem Amte (z.B. §§ 73 Ziff.2, 75 Ziff.2 RBG); die Untersagung der Berufsausübung! In dem Verbot der bisherigen Tätigkeit liegt ein gut Teil Kriminal-(vergeltungs-)Strafe, sowie

sichernde Massnahme. In dem bisherigen Recht kennen wir die Untersagung der weiteren Ausübung des Berufs als Disziplinarmassnahmen in einer Reihe von Fällen, so z.B. bei Rechtsanwälten, Ärzten, Offizieren und Schiffsoffizieren oder aber allgemein bei Beamten in der Form der Dienstentlassung.

Der § 42 1 StGB verfolgt im Prinzip als kriminalstrafrechtliche, sichernde Massnahme einen anderen Zweck als die Disziplinarmassnahmen. Da die Disziplinarstrafen aber als ultima ratio ebenfalls das Verbot der Ausübung eines bestimmt umgrenzten Berufes kennt, berührt und überschneidet sich § 42 1 StGB mit den Berufsuntersagungen nach Disziplinarrecht. Grundsätzlich bestehen hier d i e B e f u g n i s s e d e r D i s z i p l i n a r b e h ö r d e u n d d e s G e r i c h t s n e b e n e i n a n d e r.(s. Ktr. Anm.6 zu § 42 1). Das Verhältnis des § 42 1 StGB zum Disziplinarrecht ist dasselbe wie zu den sonstigen Spezialgesetzen (s.u. § 19c). Lediglich bei B e a m t e n , die bei Ausübung ihres Berufes gegen die Strafgesetze verstossen, s c h e i d e t d a s B e r u f s v e r b o t a l s s t r a f g e r i c h t l i c h e M a s s n a h m e a u s, da, nach der Amtlichen Begründung, die Beamtendisziplinargesetze die nötigen Massnahmen gegen diese vorsehen. Dass die Vorschrift des § 42 1 StGB sich nicht auf Beamte erstreckt, die ihr Amt missbraucht haben, ergibt klar der Unterschied der Fassung im Verhältnis zu § 222 Abs. 2, § 230 Abs.2 StGB, "wo neben dem Beruf und Gewerbe das Amt genannt ist, während § 42 1 den Missbrauch des Amtes nicht aufführt" (Ktr. S.157 Anm.7). Besondere Bestimmungen über Entfernung von Beamten, die sich strafbar gemacht haben und über Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter enthält das Strafgesetzbuch in den §§ 31, 34, 35 und 358. Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat ferner in den §§ 32 ff. des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechtes vom 30.Juni 1933 (RGBl. I S.433) die Tatsache geschaffen, dass ein Beamter, der zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt wird, ohne weiteres sein Amt und, wenn er inzwischen in den Ruhestand getreten ist, den Anspruch auf Ruhegehalt und die Befugnis, seine frühere Amtsbezeichnung zu führen, verliert. Der Amtsverlust tritt mit Rechtskraft des Urteils eo ipso ein.

b) Die Entziehung des Offiziers- und Schiffsoffizierspatentes

Eine Entziehung des Offizierpatentes, wie es frühere Gesetze vorsahen, kennt das heutige deutsche Recht nicht mehr. Die Entziehung war meist eine Disziplinarstrafe. Der schweizerische Entwurf eines Militärgesetzbuches von 1918 sieht allerdings in Art. 37 die D e g r a d a t i o n als echte Strafe an. Die Grenze zwischen Disziplinarstrafe und Kriminalstrafe ist aber hierbei schwer zu ziehen, da die Strafen über Soldaten und Offiziere von Militärbehörden (Kommandeuren und Militärgerichten) verhängt wurden. Eine formelle Scheidung zwischen Militärkriminalrecht und Militärdisziplinarrecht war demgemäss nicht möglich. Interessant ist, dass Deutschland durch das Gesetz zur Vereinfachung des Militärstrafrechtes vom 30.4.1926 (RGBl.I S.197), auf Grund dessen der Text des Militärstrafgesetzbuches neu bekannt gemacht worden ist (Bek.v.16. 6.1926 - RGBl. I S.275), diese Scheidung vorgenommen und eine Reihe von Tatbeständen rein disziplinarer Art aus dem Militärstrafgesetzbuch entfernt hat, die in einem neuen M i l i t ä r d i s z i p l

n a r r e c h t geregelt wurden (vgl. hierzu Pfundtner, Ktr. II c 5 S. 1). Ob durch die Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit (Ges. v.12.5.1933 - RGBl. I S.264) diese Trennung wiederaufgehoben wird, bleibt abzuwarten.

Eine Degradation von Offizieren (Entziehung des Offizierspatentes) kennt das deutsche Militärstrafgesetzbuch nicht; lediglich eine solche von Unteroffizieren (§ 30 Ziff.4); dagegen aber die "Entfernung aus dem Heere oder der Marine" (§ 30 Ziff.1), was dem Entzug des Offizierspatentes praktisch gleichkommt (vgl. § 32) und die "Dienstentlassung" (§ 30 Ziff.2) als "besondere Ehrenstrafe" (§ 30 Abs.1).

Kaum zu erwähnen braucht man, dass § 42 1 StGB auf Offiziere und Soldaten natürlich keine Anwendung findet, da diese der nun wieder selbständigen Militärgerichtsbarkeit mit eigenem Sonderstrafrecht und eigenem Sonderverfahren unterstehen.

Ist die eigentliche Entziehung des Offizierspatentes nicht möglich, so aber doch die Entziehung des Kapitäns- bzw. Schiffsoffizierspatentes in einem genau geregelten, besonderen Verfahren. Nach § 31 GewO bedürfen die "Seeschiffer, Seesteuerleute, Maschinisten der Seedampfschiffe und Lotsen" eines Befähigungsnachweises; auch "Befähigungszeugnis" genannt, den die zuständige Verwaltungsbehörde erteilt (s.Näheres Jellinek S.494). Die Gewerbeordnung kennt in ihrem § 53 Abs.2 die Zurücknahme von Approbationen, Befähigungszeugnissen u.dgl. (s.unten § 19a). Jedoch sind in § 53 GewO nicht sämtliche Gewerbe genannt, für welche nach der Gewerbeordnung eine Approbation, Konzession usw. erforderlich ist; für einige andere Gewerbe dieser Art regelt sich vielmehr die Zurücknahme der Erlaubnis nach den einschlägigen Spezialvorschriften.Die Zurücknahme des in § 31 GewO geforderten "Befähigungsnachweises" ist geregelt in dem Gesetz betr. die Untersuchung von Seeunfällen v.27.7.1877 (RGBl. S.549). Nach § 26 dieses Gesetzes kann jedem deutschen Schiffer (Kapitän) und Steuermann (Offizier) das Befähigungszeugnis durch Spruch des Seeamtes entzogen werden. Das zuständige Seeamt hat von Amts wegen jeden Unfall zu untersuchen und zu beurteilen, bei dem ein Menschenleben verloren gegangen oder ein Schiff gesunken oder aufgegeben ist. Auf Antrag des Reichskommissars, der ähnliche Funktionen ausübt wie ein Staatsanwalt und vom zuständigen Reichsminister für jedes Seeamt bestellt wird, kann dem Schiffer oder Steuermann die Befugnis zur Ausübung dieses Gewerbes ,dem Schiffer auch die Befugnis zur Ausübung des Steuermannsgewerbes, dann entzogen werden, wenn sich ergibt, dass er einen Seeunfall oder dessen Folgen durch Mangel der für das Gewerbe erforderlichen Eigenschaften herbeigeführt hat (§ 26). Gegen den Spruch des Seeamtes kann der Betroffene und der Reichskommissar (bei Abweisung seines Antrages) Beschwerde an das Reichsoberseeamt in Berlin nach Massgabe der näheren Bestimmungen des Gesetzes (§§ 27 ff) erheben. Das Oberseeamt entscheidet endgültig über Rehabilitation (§34 d.Ges.) Überschreitung und polizeiliche Verhinderung (§ 147 Ziff.1 GewO, s.Landmann Ktr. S.355 Anm.2).

Obwohl der Entzug des Befähigungszeugnisses als rein g e w e r b e p o l i z e i l i c h e Massnahme gedacht war und das den Spruch fällende Seeamt als Gewerbepolizeibehörde, hat sich das Seeamt doch mehr und mehr de facto zu einer Disziplinarbehörde, neben seiner ursprünglichen Bestimmung entwickelt. Hat das Seeamt an

und für sich nur die fachlichen Eigenschaften des betr. Schiffers oder Steuermanns nachzuprüfen, so beleuchtet es dennoch gewohnheitsrechtlich auch die charakterlich-moralischen Eigenschaften. Wird z.B. ein Kapitän oder ein Offizier von der Hauptschuld eines Unglückes freigesprochen, so genügt aber doch schon "ein vom Seeamt ausgesprochener leiser Tadel, um den Kapitän oder Schiffsoffizier um Lohn und Brot zu bringen" (Köhlers Flottenkalender 1934 S.217).

Eine Kriminalstrafe ist die Untersagung der Berufsausübung nach § 26 des Ges. aber niemals. So findet § 42 1 StGB hier konkurrierende Anwendung. Das Verhältnis des § 42 1 StGB zu § 26 d.Ges. ist daher dasselbe wie das zu Berufsuntersagungen und Gewerbeentziehungen anderer Spezialgesetze (s.unten § 19c).

c) Das Verbot in den neuesten Disziplinarrechten

Die bisherige Disziplinargerichtsbarkeit und die eigenen Berufsgerichte für die verschiedensten freien Berufe haben zwar meist gut funktioniert, aber der liberalen Zeitströmung entsprechend das Hauptgewicht auf Reinerhaltung ihres Standes, ihrer Klasse gelegt und weniger das Interesse der Allgemeinheit verfolgt. Da ist es natürlich, dass die nationalsozialistische Gesetzgebung dem Totalitätsanspruch des nationalsozialistischen Staates und seiner Forderung auf Unterordnung des einzelnen unter die Gesamtheit folgend, sich auch der Disziplinargerichtsbarkeit zugewendet hat. Der einzelne ist nunmehr in erster Linie der Gemeinschaft verantwortlich und die eigene Standesgerichtsbarkeit soll lediglich Mittel zum Zweck zur Erziehung der Standesangehörigen zum gemeinschaftsbewussten Volks- und nicht Standesgenossen sein. Ultima ratio ist also auch hier: Entfernung eines Gemeinschädlings aus seinem Berufe, den er nicht zum Heile des Ganzen, als Dienst am Volk ausübt, sondern missbraucht. "Die sittliche Grundlage der Berufstätigkeit ist im Staate wichtiger als die Sicherstellung der materiellen Existenz des einzelnen" (Wagner, "Deutsches Recht" Nr.17 S.408). So hat das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.Januar 1934 (RGBl. I S.45) als wesentlichen Bestandteil die soziale Ehrengerichtsbarkeit geschaffen. "Sie setzt die Anerkennung der Tatsache voraus, dass der schaffende Mensch und dass die Berufsgruppe, der er angehört, seine Arbeit auf die Grundlage einer besonderen Berufsethik stellt, dass also eine besondere Berufsehre besteht, die geachtet und gepflegt werden soll und die Denkweise und vor allem die Arbeitsgesinnung des einzelnen und der Berufsgruppe bestimmt" (Wagner a.a.O.S.407).

Da das Gesetz mit der sozialen Ehrengerichtsbarkeit sozialpolitisches Neuland betritt, geht es mit der gebotenen Vorsicht vor, "indem es der Aburteilung durch die Ehrengerichte nur bestimmte, fest umgrenzte Tatbestände unterwirft und die Entscheidung über die Anrufung der Ehrengerichte in die Hand des Treuhänders der Arbeit legt." (Pfundtner, Ktr. IV e 3 S. 2). Die Strafe, die das Ehrengericht verhängen kann, ist in den schwersten Fällen gegenüber dem Unternehmer Aberkennung der Fähigkeit, Führer des Betriebes zu sein, gegenüber den Mitgliedern der Gefolgschaft Entfernung vom bisherigen Arbeitsplatz (§ 38 Ziff. 4 u. 5). Gegen Urteile des Ehrengerichts ist Berufung an den Reichsehrengerichtshof in Berlin gegeben (§§ 49,50 d. Ges.). Das Verhältnis zum ordentlichen Strafverfahren und damit zum § 42 1 StGB wird in § 39 d. Ges. geregelt:

"1. Ist gegen einen Angehörigen eines Betriebes wegen einer strafbaren Handlung die öffentliche Klage erhoben, so ist das ehrengerichtliche Verfahren wegen der gleichen Tatsache auszusetzen.

2. Ist im Strafverfahren auf Freisprechung erkannt, so findet wegen der Tatsachen, die in diesem Verfahren zu Erörterung gekommen sind, ein ehrengerichtliches Verfahren nur insofern statt, als diese Tatsachen an sich und unabhängig von dem Tatbestand einer im Strafgesetz vorgesehenen Handlung die aussergerichtliche Bestrafung begründen.

3. Ist im Strafverfahren eine Verurteilung erfolgt, so hat der Vorsitzende des Ehrengerichts zu entscheiden, ob das ehrengerichtliche Verfahren durchzuführen ist."

Wenn nach § 42 1 die Untersagung der Berufsausübung ausgesprochen ist, wird der Vorsitzende des Ehrengerichts seine Entscheidung, die in sein (nationalsozialistisches) freies Ermessen gestellt ist, (s. Pfundtner Ktr. IV e 3 S. 19 Anm. 3) dahin fällen, dass ein ehrengerichtliches Verfahren wegen nunmehriger Zwecklosigkeit, denn mehr als Untersagung der Berufsausübung kann das Ehrengericht ja doch nicht als ehrengerichtliche Strafe verhängen, nicht durchzuführen ist.

Weiter hat das Schriftleitergesetz eine besondere Ehrengerichtsbarkeit (s. oben § 17 c) für die Schriftleiter gebracht. Die neugeschaffenen Disziplinarberichte haben darüber zu wachen, "dass der Dienst an der Presse zum verantwortungsvollen Dienst am Volk" wird (Pfundtner, Ktr. I d 7 S. 21). Die Berufsgerichte können als schwerste Disziplinarstrafe die Löschung eines Schriftleiters in der Berufsliste verfügen (§ 31 Ziff. 3 d. Ges.) und damit ihm seinen Beruf untersagen (vgl. §§ 8,12 d. Ges.). Es ist hiergegen Berufung an den Pressegerichtshof in Berlin vorgesehen (§ 27 Ziff. 2 d. Ges.). (Über das Verhältnis zum § 42 1 StGB s. unten).

§ 19

§ 42 1 und das Verbot nach § 35 GewO

a) Voraussetzungen

Das, was der § 42 1 für das Strafgesetzbuch bedeutet, bedeutet der § 35 GewO für die Gewerbeordnung. Beide Vorschriften weisen grosse Ähnlichkeiten auf; vor allem in ihren Voraussetzungen und Wirkungen. Darum ist es interessant, die Gleichartigkeit und die Abgrenzung beider voneinander zu untersuchen.

Der Inhalt des § 35 GewO ist kurz der: Eine Reihe von Gewerben sind bei Eintritt gewisser Voraussetzungen zu untersagen. Die wichtigsten untersagungsfähigen Gewerbe sind folgende:

Die gewerbemässige Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht; der Betrieb von Badeanstalten (Abs.1); der Handel mit lebenden Vögeln; der Trödelhandel; der Handel mit Garnabfällen, mit Dynamit oder anderen Sprengstoffen, mit Losen von Lotterien und Ausspielungen (Abs.2); die gewerbsmässige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten; verschiedene Geschäfte gewerbsmässiger Vermittlungsagenten (besonders Heirat!) (Abs.3); der Handel mit Drogen

und chemischen Präparaten, mit Bier (Abs.4); der Betrieb der Bauunternehmer und Bauleiter (Abs.5).

Die Voraussetzungen für Untersagungen all dieser Gewerbe sind im Grundprinzip dieselben wie beim § 42 1 StGB; hier wie dort Schutz der Gesellschaft (Volksgemeinschaft) vor unsauberen Elementen, die ihr Gewerbe nicht als Dienst am Ganzen auffassen, sondern es aus eigensüchtigen, meist dunklen Motiven mehr oder minder verbrecherisch missbrauchen und "so den Adel der Berufsarbeit schänden" (Kt. S.3). Wenn so das Grundprinzip dasselbe ist, so sind die feineren Voraussetzungen dem Wesen der beiden Vorschriften entsprechend verschieden. Verlangt § 42 1 als strafrechtliche Massnahme eine strafrichterliche Verurteilung, so kann das natürlich der rein gewerbepolizeilichen Zwecken dienende § 35 GewO nicht; er verlangt vielmehr grundsätzlich das Vorliegen von Tatsachen, "welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun" (Abs.1), während derjenige, dessen Beruf oder Gewerbe nach § 42 1 untersagt wird, bereits ein Verbrechen oder Vergehen, "das er unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflichten" begangen hat. Dem Enumerationsprinzip entsprechend, sind die Voraussetzungen nicht für alle im § 35 GewO aufgezählten Gewerbe die gleichen. So kann der Handel mit Drogen und chemischen Präparaten, welche zu Heilzwecken dienen, schon dann untersagt werden, "wenn die Handhabung des Gewerbebetriebes Leben und Gesundheit von Menschen gefährdet" (Abs.4). Eine eigentliche "Unzuverlässigkeit" im Sinne des Abs.1 wird hier nicht gefordert, so dass auch das Vorleben des Betroffenen nicht so sehr entscheidend ist wie in Abs. 1. Von dem Erfordernis einer vorgängigen Bestrafung des Drogisten ist abgesehen worden (s.Landmann Ktr. S.485 unter 10b), wie die Untersagung des Kleinhandels mit Bier es vorsieht, bei der "der Gewerbetreibende wiederholt wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des § 33 bestraft ist."(Abs.4 S.2). Nach § 33 GewO. bedarf derjenige der eine "Gastwirtschaft, Schankwirtschaft oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will" der Erlaubnis. Wird die Untersagung nach § 35 Abs.4 S.2 von einer vorherigen Bestrafung abhängig gemacht, so nicht die Untersagung nach § 42 1 StGB, die eine eigentliche "Bescholtenheit" des Gewerbetreibenden bzw. Berufsausübenden nicht voraussetzt, sondern gerade durch den Ausspruch der Strafe, der die "sichernde Massnahme" der Berufsuntersagung zur Folge haben kann, erst manifestiert wird.

Beiden Tatbeständen ist gemeinsam, dass sie die Untersagung nicht von einem konzessionierten Gewerbe abhängig machen; auch sog. "freie Gewerbe" sind untersagungsfähig! Allerdings fordert § 35 GewO in seinem Abs.7 eine, man kann sagen, "mittelbare Konzession", da hier zwecks leichterer Durchführung des Untersuchungsrechtes und der dadurch bedingten Beaufsichtigung dieser Gewerbebetriebe gefordert wird, dass Personen, die einen nach § 35 GewO untersagungsfähigen Betrieb beginnen wollen, hiervon der zuständigen Behörde Anzeige zu machen haben. Eine Unterlassung dieser Anzeigepflicht kann nach § 148 Ziff.4 GewO bestraft werden.

Nach § 53 Abs.2 GewO können weiter ausser diesen Gründen gewisse "Genehmigungen und Bestallungen" in gleicher Weise zurückgenommen werden, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung der Bestallung nach der Vorschrift dieses Gesetzes vor-

ausgesetzt werden mussten, sich klar erhellt. Die Zurücknahme der Approbation, Prüfungszeugnisse usw. ist keine Strafe, sondern eine gewerbepolizeiliche Massnahme! (s.Landmann Ktr. S.647 und die dort zitierten Entscheidungen).

Für das Wandergewerbe wird in § 58 GewO bestimmt, dass der bereits erteilte Wandergewerbeschein wieder zurückgenommen werden kann, wenn eine der geforderten gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 57 Ziff. 1-4, 57a u. b. entweder zur Zeit der Erteilung bereits vorhanden, jedoch nicht bekannt war, oder auch erst später eingetreten ist. (vgl. Kunz S.107).

Die Untersagung der Gewerbeausübung oder der Benutzung einer gewerblichen Anlage (§ 51 GewO) hat nach genauer Untersuchung, ob die geforderten gesetzlichen Voraussetzungen zur Untersuchung vorliegen, seitens der Gewerbebehörde zu erfolgen, und zwar hat die Gewerbebehörde diese Untersuchung nach "freiem Ermessen" vorzunehmen. An einer Überschreitung des freien Ermessens ist die Gewerbebehörde dadurch behindert, dass sie besondere Tatsachen genauestens begründen muss und unter dem Damoklesschwert der Nachprüfbarkeit ihrer Entscheidung durch die dem Betroffenen zustehende Möglichkeit des "Rekurses" steht.

b) Anwendung, Wirksamkeit und Zuwiderhandlung

Ein Unterschied zwischen § 35 GewO und § 42 1 StGB liegt u.a. darin, dass § 42 1 ein "höchstpersönliches Unrecht" (vielleicht ist es erlaubt, diesen Ausdruck als Gegensatz zum "höchstpersönlichen Recht" hier zu gebrauchen) ist. Das zeigt sich darin, dass bei Anordnung der Untersagung nach § 42 1 nur solche Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, die in der Person des Betroffenen begründet liegen. Anders dagegen bei der Untersagung nach § 35 GewO, die sich nicht nur auf "natürliche Personen" beschränkt, sondern sich auch auf "juristische Personen", wie Aktiengesellschaften, Gesellschaften m.b.H. und andere Personengemeinschaften erstrecken kann. (s.Landmann Ktr. S.468 und die unter k zitierten Entscheidungen). Auch das Verhalten des Ehegatten, eines Gehilfen oder Geschäftsführers kann evtl.bei Prüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden und damit bei Anordnung der Untersagung mit in Berücksichtigung gezogen werden (s.Landmann Ktr. S.466/67 unter d). Hierin zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen der s t r a f r e c h t l i c h e n Massnahme des § 42 1 StGB und der g e w e r b e p o l i z e i l i c h e n Massnahme des § 35 GewO. Wie in all den Fällen, in denen nach der Gewerbeordnung eine Untersagung des Gewerbebetriebes möglich ist, hat auch nach § 35 GewO die Gewerbebehörde nach freiem Ermessen zu untersuchen, ob die geforderten gesetzlichen Voraussetzungen zur Untersagung vorliegen. Der untersagenden Behörde ist damit ein gewisser Spielraum eingeräumt; ein willkürliches Ermessen ist aber dadurch ausgeschlossen, dass das Ermessen sich immer auf bestimmte Tatsachen stützen muss und dass die Beteiligten in dem nach § 40 GewO eintretenden geregelten Verfahren einen ausreichenden Schutz finden (s.Begr. S.25 zur Novelle von 1883 Anm. 1; vgl. Landmann Ktr. S.465). Der § 40 GewO lässt nämlich u.a. den "Rekurs" gegen die Untersagung des Gewerbebetriebes nach § 35 GewO zu. Auch die Anordnung der Untersagung nach § 42 1 StGB hat nach freiem Ermessen zu erfolgen. Hier steht einem Ermessensmissbrauch entgegen, dass eine ungesetzliche Anordnung des Berufsverbotes die Wiederaufnahme des Verfahrens begründen kann (§ 359 Abs.2

StPO). Ausserdem kann das Verbot im gewöhnlichen Rechtsmittelzug angefochten werden (s.oben § 15 c).

Auf bestimmte Zeit kann die Untersagung nach § 35 GewO im Gegensatz zu § 42 1 StGB nicht erfolgen. Sie ist ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zeitdauer auszusprechen (s.Landmann Ktr. S.468 unter i und die dort zit. Entsch.). Eine "Begnadigung" ist hier nicht möglich, da eine eigentliche "Verurteilung" nicht erfolgt ist. Jedoch sieht das Gesetz in dem § 35 Abs.6 (als Abs. 5 eingeführt durch die Novelle v.6.8. 1896) eine Wiederaufnahme des untersagten Betriebes vor. Voraussetzung ist jedoch, dass die Voraussetzungen, die zur Anordnung der Untersagung geführt haben, meist die eigene Unzuverlässigkeit, nicht mehr vorliegen und die "Landeszentralbehörde oder eine von ihr zu bestimmende Behörde" die Wiederaufnahme gestattet; wozu sie keineswegs verpflichtet ist; es ist lediglich eine Kannvorschrift. Ein Rechtsanspruch auf die Gestattung besteht in keinem Fall, und ein Verwaltungsstreitverfahren findet hierüber nicht statt (vgl. Landmann Ktr. S.469 unter m und s. auch die dort zit. Entsch.). Die Rehabilitation nach § 35 Abs.6 GewO ist somit keine eigentliche "Begnadigung", aber doch wohl eine "Gnade" im Gegensatz zur Möglichkeit einer echten Begnadigung der Untersagung der Berufsausübung nach § 42 1 StGB.

Die Sorgen hinsichtlich des Umfanges und der Wirkungen waren bei dem Gesetzgeber bei Schaffung beider Paragraphen (42 1 StGB und 35 GewO) dieselben und sind daher auch analog gelöst worden. In beiden Fällen soll unter allen Umständen verhindert werden, dass der Gewerbebetrieb (Beruf etc.) in irgendeiner Form weitergeführt bzw. ausgeübt wird. Wird ein untersagter Betrieb dennoch fortgesetzt, so kann er gemäss § 15 Abs. 2 GewO polizeilich verhindert werden (s. Landmann Ktr. S.469 unter n und S.185 Anm.3). Die Fortführung eines untersagten Betriebes oder Berufes durch einen Stellvertreter oder "Strohmann" wird nicht geduldet. Über die polizeiliche Entfernung einer Person, die zur Fortsetzung eines untersagten Gewerbebetriebes vorgeschoben wird, siehe die unter o)S.469 Landmann Ktr. zit. Entscheidungen. Wer als Stellvertreter im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen ist, darüber vgl. Landmann Ktr. S.609 Anm.2 zu § 45 GewO. Die Verhinderung der Fortführung des untersagten Berufes nach § 42 1 StGB muss m.E. dieselbe sein wie nach § 35 GewO, soweit nicht durch das Gesetz vom 24.Nov.1933 Sonderbestimmungen geschaffen worden sind.. Nach § 148 GewO Abs.1 Ziff.4 wird "Mit Geldstrafe bis zu 150Mk im Unvermögensfalle mit Haft bis zu vier Wochen bestraft," "wer der nach § 35 gegen ihn ergangenen Untersagung eines Gewerbebetriebes zuwiderhandelt". Es handelt sich also bei Zuwiderhandlungen gegen § 35 GewO um eine Übertretung, während die Übertretung des Verbotes nach § 42 1 StGB ein Vergehen ist (§ 145 c StGB). Dagegen wird sowohl nach der Gewerbeordnung wie nach StGB derjenige nicht bestraft, der den Beruf oder das Gewerbe für den Täter im Sinne der §§ 148 GewO und 145 c StGB ausübt.

c) Verhältnis des § 42 1 zu § 35 GewO und den anderen Spezialgesetzen

Das Verhältnis der generellen strafrechtlichen Untersagung eines Gewerbes oder Berufes der speziellen gewerbepolizeilichen Untersagung der Gewerbe in § 35 GewO ist dasselbe wie das Verhältnis des § 42 1 StGB zu den anderen Spezialvorschriften.

Durch den § 42 1 StGB wird allgemein die Möglichkeit geschaffen, "Sohädlingen, die durch die Art und Weise der Ausübung ihres Berufes oder Gewerbes die Allgemeinheit gefährden, die Ausübung ihres Berufs oder Gewerbes durch Urteil des Strafrichters zu untersagen" (Amtl. Begr.). Sind aber besondere Möglichkeiten gegeben, einem derartigen Individuum das Handwerk zu legen, so sollen erst diese Möglichkeiten ausgeschöpft werden. § 42 1 findet lediglich dann Anwendung, wenn nach Spezialgesetzen das gemeinschaftsschädliche Treiben eines allgemeingefährdenden Berufstätigen nicht oder nicht genügend verhindert werden kann. Das Verhältnis des § 42 1 zu den Spezialgesetzen lässt sich am klarsten dahin umgrenzen, dass § 42 1 ultima ratio gegenüber allen Vorschriften ähnlichen Inhalts ist, die sich mit Gewerbeentziehungen und Berufsuntersagungen befassen; ganz gleich, ob die Befugnis zur Anordnung dieser Massnahmen Verwaltungsbehörden (wie in den weitaus meisten Fällen) oder aber den Gerichten übertragen ist. D i e s e S o n d e r v o r s c h r i f t e n b l e i b e n d a h e r s ä m t l i c h u n v e r ä n d e r t w e i t e r b e s t e h e n und machen in vielen Fällen die Anwendung des § 42 1 StGB entbehrlich (s.Ktr. Anm.1 zu § 42 1). Über die feineren Gründe, die trotz des Bestehens der Sondervorschriften die Einführung eines generellen Berufsverbotes in § 42 1 StGB veranlasst haben, siehe die Ausführungen der Amtlichen Begründung in Ktr. Anm.2 zu § 42 1. Das Gericht muss stets prüfen, ob nicht anderweitige Massnahmen nach Spezialvorschriften denselben Zweck erreichen wie die Anwendung des stärksten Geschützes, der rigorosen Untersagung der Ausübung des Berufes. So ist diese nach der Amtlichen Begründung z.B. nicht zulässig für einen Kraftwagenführer, "der durch unvorsichtiges Fahren wiederholt Personen verletzt hat," da hier "die Entziehung des Führerscheines in der Regel eine hinreichende Massnahme zum Schutz der Allgemeinheit"ist. Grundsätzlich wird sich das Gericht zu einer Anordnung nach § 42 1 nur dann entschliessen, "wenn es nach dem festgestellten Tatbestand die Entfernung des Täters aus seinem Beruf oder Gewerbe für geboten ansieht und nicht damit rechnen kann, dass das Verfahren der Verwaltungsbehörde zum gleichen Ziele führen wird. Ist die aussergerichtliche Entscheidung bereits vor der Entscheidung des Gerichtes erlassen, so wird das Gericht in aller Regel unbedenklich von seiner Anordnung absehen können; rechtlich zulässig bleibt sie aber trotzdem und sie würde auch fortwirken, wenn etwa die aussergerichtliche Massnahme aus irgendeinem Grunde wiederaufgehoben wird." (Ktr. Anm.6 zu § 42 1). Da aber meist die Sondervorschriften einen Ausschluss des Täters aus dem Beruf für dauernd vorsehen, dagegen die Anordnung nach § 42 1 lediglich Wirkung auf je nach Erkennung 1-5 Jahre hat, ist es notwendig, dass der Richter bei Anwendung des § 42 1 immer des Charakters der Vorschrift einer ultima ratio sich bewusst bleibt und die Untersagung der b e f r i s t e t e n Untersagung der Berufsausübung nur dann anordnet, wenn die Massnahmen der aussergerichtlichen Instanzen nicht zu dem gewünschten Ziele führen; das ist Schutz der Allgemeinheit, solange der Betroffene allgemeingefährdend ist. Ist aus dem Charakter des Angeklagten zu schliessen, dass die Gefährdung der Gemeinschaft nur zwischen 1 und 5 Jahren andauern wird, so wird sich die gerichtliche Anordnung der Untersagung empfehlen, anderenfalls aber den Gewerbebehörden die Untersagung zu überlassen sein. Eventuell käme ja auch bei Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungsbedingungen andere Massregeln der Sicherung und Besserung in Frage, wie z.B. Sicherungsverwahrung (§ 42 a Ziff.4 StGB), die neben der Tötung die absolute Berufsentziehung schlechthin ist.

§ 42 1 StGB stellt eine erhebliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand in Bezug auf die Entziehung des Gewerbebetriebes und die Untersagung der Berufsausübung dar, denn nun ist eine g e r e c h t e r e und daher z w e c k m ä s s i g e r e Handhabung des Gewerbe- und Berufsverbotes, sowohl vom Standpunkt der Gemeinschaft sowie des einzelnen Betroffenen aus als bisher geschaffen.

S c h l u s s

§ 20

Kritische Würdigung

Unzweifelhaft ist die Einführung des Berufsverbotes in das Deutsche Strafgesetzbuch ein grosser Fortschritt gegenüber den bisherigen Möglichkeiten der Bekämpfung des Verbrechens. Der Staat wartet nun nicht erst die Tat und damit die gemeinschaftsschädlichen Folgen ab und knüpft daran Repressionen in der Hoffnung, dass diese Massnahmen zugleich auch prävenierend wirken, sondern er sichert sich gegen die Begehung von Verbrechen durch prophylaktische Massnahmen, indem er dem Verbrecher, von dem mit Bestimmtheit weitere verbrecherische Handlungen zu erwarten sind, die Bedingungen entzieht, die ihn zur Tat veranlassen. Das ist sicherlich sowohl ein sehr gründliches wie auch humanes Mittel der Verbrechensbekämpfung. Man muss aber immer wieder darauf hinweisen, dass nicht nur der Verbrecher durch die Untersagung der Berufsausübung getroffen wird, sondern auch dessen Familie und die Gemeinschaft, deren berufstätiges Mitglied und damit Träger der von dem Berufsverbot Betroffene auch ist. So wird die Bewährung dieser neuen Vorschrift in erster Linie von der praktischen Handhabung abhängen. Jeder Formalismus in der Praxis muss unbedingt vermieden und die Anwendung auf dringliche Fälle beschränkt werden, in denen nicht nur geringere, sondern bedeutendere Gefährdungen der Allgemeinheit gerade durch die Fortführung des bisherigen Berufes wirklich ernsthaft zu befürchten sind.

So schreibt auch v.Hippel, der ernste und sehr ernst zunehmende Besorgnisse gegenüber dem Berufsverbot geltend macht (Bl.f. Gefkde. 65. Jg. S.13), dass das Verbot nicht zu billigen sei, "wenn sich etwa eine Praxis herausbilden würde in dem Sinne: Wer seinen Beruf missbraucht hat, der wird dies vermutlich auch künftig tun; deshalb ist gewöhnlich das Verbot am Platze"; und auch Hippel weist auf die schädlichen Wirkungen hin, die für des Betroffenen Familie und "weiter für die Gesamtheit entstehen." Durch die Untersagung der Berufsausübung würde gerade dem, der sich nach einem strafbaren Fehltritt bewähren will, ausgerechnet "das Gebiet verschlossen bleiben, auf dem er Bescheid weiss". Damit entstehen sozial- und kriminalschädliche und n i c h t b e a b s i c h t i g t e Folgen, die tunlichst abzuwenden sind. Man muss nämlich auch bedenken, dass der Betroffene, wenn er Familienvater ist nunmehr praktisch durch das Berufsverbot arbeitslos wird, erst recht leicht straffällig werden wird, seine Familie in Not bringt und diese der Fürsorge, der Gemeinschaft zur Last fällt, die sich gerade vor dem von dem Berufsverbo

Betroffenen schützen will. Man wird also auch stets die jeweils individuellen Folgen einer beabsichtigten Untersagung der Berufsausübung prüfen und feststellen müssen, ob der mutmassliche Erfolg die entstehenden Schäden für die Gemeinschaft aufwiegt. Es wird auch Rücksicht auf die voraussichtlichen Folgen und auf die Psyche des Täters zu nehmen sein und zwar keineswegs aus irgendwelchen individualistischen humanen Gründen heraus, sondern stets im Hinblick auf die Folgen für die Gemeinschaft, denn die Gemeinschaft hat gar kein Interesse daran, u n n ö t i g e r w e i s e sich Mitglieder von ihr zu entfremden; zumal die Untersagung der Berufsausübung nach § 42 l StGB ja keine Strafe sein soll! So wirft auch v.Hippel (a.a.O. S.6) die Frage auf: "Wird der Täter die Massregel ruhig hinnehmen oder als so entehrend empfinden,dass sie ihn zum bewussten Staats- und Rechtsfeind mit entsprechenden Auswirkungen, a u c h kriminellen macht?" Solchen Bedenken gegenüber ist jedenfalls in der Anwendung des Berufsverbotes grosse Vorsicht geboten.

Diese vorgebrachten Bedenken und Befürchtungen richten sich lediglich auf die praktische Handhabung des Berufsverbotes; nicht aber auf das Verbot als solches, das, wie gesagt, in hervorragender Weise der Verbrechensprophylaxe zu dienen imstande ist, wenn es eben auf solche Fälle beschränkt wird, in denen mit einer, man kann vielleicht sagen, "unwiderlegbaren Vermutung"(allerdings nicht im Sinne einer "praesumptio iure et de iure"!) weitere Verbrechen des Täters zu erwarten sind und durch Abwendung, durch den Ausspruch der Berufsuntersagung, dieser wahrscheinlichen Taten der Gemeinschaft ein grösserer Nutzen entsteht, als wenn man dem Täter seinen bisherigen Beruf weiterausüben lässt, nachdem er seine Freiheitsstrafe, zu der wegen Begehung der ersten Tat verurteilt worden ist, verbüsst hat.

Herstellung: VDI-Verlag G.m.b.H., Berlin NW 7